

UNIVERSITÉ DE PARIS
FACULTÉ DE DROIT ET DES SCIENCES ÉCONOMIQUES

**ÉTUDE COMPARATIVE
DU**

**DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ DES SUCCESSIONS
EN FRANCE ET EN ALLEMAGNE**

THÈSE POUR LE DOCTORAT EN DROIT PRIVÉ

*présentée et soutenue le 29 juin 1962
par*

François BOULANGER

MEMBRES DU JURY :

Président : M. BATIFFOL, professeur

Suffragants : M. GOLDMAN, professeur

M. CARBONNIER, professeur

PARIS

LIBRAIRIE GÉNÉRALE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

R. PICHON ET R. DURAND-AUZIAS

20, Rue Soufflot, 20

1964

**ÉTUDE COMPARATIVE
DU DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ DES SUCCESSIONS
EN FRANCE ET EN ALLEMAGNE**

UNIVERSITÉ DE PARIS
FACULTÉ DE DROIT ET DES SCIENCES ÉCONOMIQUES

**ÉTUDE COMPARATIVE
DU
DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ DES SUCCESSIONS
EN FRANCE ET EN ALLEMAGNE**

THÈSE POUR LE DOCTORAT EN DROIT PRIVÉ

présentée et soutenue le 29 juin 1962

par

François BOULANGER

MEMBRES DU JURY :

Président : M. BATIFFOL, professeur

Suffragants : M. GOLDMAN, professeur

M. CARBONNIER, professeur

PARIS

LIBRAIRIE GÉNÉRALE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

R. PICHON ET R. DURAND-AUZIAS

20, Rue Soufflot, 20

1964

*La Faculté n'entend donner aucune approbation
ou improbation aux opinions émises dans les
thèses ; ces opinions doivent être considérées
comme propres à leurs auteurs*

*A la mémoire de Monsieur RIPERT.
En affectueux souvenir.*

Il m'est particulièrement agréable d'adresser ici mes très vifs remerciements :

à Monsieur Henri BATIFFOL, Professeur à la Faculté de Droit de Paris, qui a bien voulu me guider de ses conseils.

Je lui suis tout spécialement reconnaissant de m'avoir introduit à l'Institut Max-Plank de Hambourg, où pendant une année j'ai pu rassembler la documentation nécessaire sans laquelle il ne m'aurait pas été possible de mener à bien ce travail.

L'expression de ma gratitude va tout naturellement à :

Monsieur le Professeur DÖLLE qui dirigeait l'Institut Max-Plank de Hambourg.

Messieurs les Docteurs GLÄSSING et NEUHAUS, Messieurs les Assistants RAU et DOPPFEL qui ont enrichi et utilement complété mon travail, en mettant à ma disposition articles et dossiers.



TABLE DES ABREVIATIONS

A.B.G.B.	<i>Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch für Österreich</i> (Code civil autrichien).
A.G.	<i>Amtsgericht.</i>
A.L.R.	<i>Allgemeine Landrecht für die Preussischen Staaten</i> (Code civil prussien de 1794).
Bad. An.	<i>Annalen des grossherzoglich Badischen Gerichte</i> (Annales des tribunaux du Grand Duché de Bade — jusqu'en 1918).
Bay. O.L.G.	<i>Bayerisches Oberstes Landesgericht</i> (Cour Suprême de Bavière).
Bay. O.L.G.Z.	<i>Entscheidungen des Bayer-Obersten-Landesgerichts</i> <i>in Zivilsachen</i> (Recueil des décisions de la Cour Suprême de Bavière, publ. depuis 1950).
B.G.B.	<i>Bürgerliches Gesetzbuch von Deutschland</i> (Code civil allemand).
B.G.H.	<i>Bundesgerichtshof</i> (Cour Suprême Fédérale).
Böhmsz.	<i>Zeitschrift für internationales Recht</i> (Revue de droit international, fondée par Böhm et Niemeyer).
Clun.	<i>Journal de droit international</i> (Clunet).
D.	Recueil Dalloz (D.P., Dalloz périodique ; D.C., Dal- loz critique).
D.F.G.	<i>Deutsche Freiwillige Gerichtsbarkeit</i> (Juridiction gra- cieuse).
D.j.	<i>Deutsche Justiz : Rechtspflege und Rechtspolitik</i> (1933-1945).
D.j.Z.	<i>Deutsche Juristenzeitung</i> (Rev.).
D.N.Z.	<i>Deutsche Notarzeitschrift</i> (Revue Notariale alle- mande).

- D. Rspr. *Die deutsche Rechtsprechung im Gebiete des internationalen Privatrechts* (Jurisprudence allemande de droit international privé, éd. MAKAROV).
- D.R. *Deutsches Recht* (Rev. 1931-1945).
- E. *Entscheidungen des Reichsgerichts (des Bundesgerichtshofes) in Zivilsachen* (Arrêts de la Cour d'Empire, puis de la Cour Fédérale).
- Els. Lothr. R.Z. *Rechtszeitschrift für Elsass-Lothringen* (Revue juridique d'Alsace-Lorraine, jusqu'en 1918).
- F.G.G. *Reichsgesetz über die Angelegenheiten der Freiwilligen Gerichtsbarkeit* (loi d'Empire sur les matières de juridiction gracieuse).
- G.P. *Gazette du Palais.*
- H.G.B. *Handelsgesetzbuch* (Code de commerce allemand).
- H.G.Z. *Hanseatische Gerichtszeitung* (Revue Hanséatique).
- H.R.R. *Höchstrichterliche Rechtsprechung* (Rev.).
- I Prspr. *Internationalprivatrechtliche Rechtsprechung* (Jurisprudence de droit international, supplément à la *Rabelszeitschrift*).
- J.C.P. *Jurisclasseur périodique.*
- J.F.G. *Jahrbuch für Entscheidungen in Angelegenheiten der Freiwilligen Gerichtsbarkeit* (Recueil de décisions sur les matières de juridiction gracieuse).
- J. Not. *Journal des Notaires et des avocats.*
- J.W. *Juristische Wochenschrift* (Rev. jusqu'en 1945). (Semaine juridique).
- J.Z. *Juristen Zeitung* (Rev.).
- K.G. *Kammergericht* (Berlin).
- K.G.j. *Jahrbuch für Entscheidungen des Kammergerichts* (Recueil des décisions du Kammergericht).
- L.G. *Landgericht.*
- M.D.R. *Monatschrift für Deutsches Recht* (Rev. depuis 1947).
- N.j.W. *Neue Juristische Wochenschrift* (Nouvelle semaine juridique) (Rev. depuis 1947).
- O.L.G. *Oberlandesgericht.*
- O.L.G.E. *Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts* (Jurisprudence des O.L.G.).

PucheltsZ.	<i>Zeitschrift für französisches Zivilrecht</i> (Recueil de droit civil français édité par S. Puchelt, a cessé de paraître).
RabelsZ.	<i>Rabels Zeitschrift</i> (<i>Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht</i> (Rev. de droit international privé et étranger, fondée par Rabel).
Rev. Als.-Lor.	Revue Juridique d'Alsace-Lorraine.
Rev. Crit.	Revue Critique de droit international privé.
R.G.	<i>Reichsgericht.</i>
S.	Recueil Sirey.
S.A.	<i>Seufferts Archiv für Entscheidungen oberster Gerichte</i> (Rev. depuis 1847).
Saarl. R.Z.	<i>Saarländische Recht und Steuerzeitschrift</i> (Revue sarroise juridique et fiscale, 1948-1957).
T.A.M.	Tribunal arbitral mixte.
Warn. Rspr.	<i>Warneyer, die Rechtsprechung des Reichsgerichts</i> (Jurisprudence du Reichsgericht).
Württ. Z.	<i>Zeitschrift für die freiwillige Gerichtsbarkeit und die Gemeindeverwaltung in Württemberg</i> (Rev. württemb. jusqu'en 1918). (Revue des matières de juridiction gracieuse et des matières administratives).
Z.G.B.	Code civil suisse.
Z.P.O.	<i>Zivilprozessordnung</i> (Code de procédure civile allemande).

« Le droit, c'est bien Saturne dévorant ses enfants ; il ne lui est possible de se rajeunir qu'en brisant avec son passé. »

IHERING, *der Kampf für Recht* — trad. Meydiou, Paris 1875, p. 6.

INTRODUCTION

1. — Le lecteur non averti sera peut-être surpris de nous voir, après tant d'excellents ouvrages, tisser la trame de cette toile de Pénélope que constitue l'étude du droit international des successions. La matière même apprête à discussion ; mais il suffit de feuilleter les recueils des décisions judiciaires de ces dernières années pour avoir une agréable impression de « paix juridique ». Il ne peut guère y avoir de doute sur le rattachement dans le système *français* de règles de conflit successorales : distinction des immeubles et des meubles, soumission de ces derniers à la loi du domicile, sont apparemment à l'abri de tout ébranlement.

Toutefois, si, pour un moment, nous considérons les règles de conflit en vigueur au-delà de nos frontières — et nous savons aujourd'hui, qu'il faut, contrairement aux enseignements de l'école particulariste, tenir compte de leur « imbrication » éventuelle avec les nôtres — notre assurance nous incite au moins à la réflexion. Nos solutions juridiques sont à peu près *uniques* en Europe continentale : on peut mettre à part le cas de la Suisse avec les difficultés d'interprétation que soulèvent ses règles de conflit ; mais, seules, l'Autriche et la Belgique admettent comme nous une scission du patrimoine du défunt selon les hasards de la composition des biens et de leur dispersion. Depuis la seconde guerre mondiale, des pays d'Europe Centrale et Orientale, qui suivaient autrefois nos règles de rattachement comme la Pologne et la Tchécoslovaquie, se sont ralliés au système de la loi unique et ont rendu encore plus sensible notre isolement (1). De plus, la loi du domicile, applicable au moins à la part mobilière de la succession, n'a cessé de reculer dans la plupart des législations, au profit de la loi nationale.

2. — Cette double constatation nous a incité à éprouver la valeur des solutions françaises en les confrontant, non plus avec celles qui sont

(1) Ex. de la loi d'introd. Code tchèque du 8 mars 1948, v. tableau des solutions de conflits en droit comparé dans FÉRID et FIRSCHING : *Internationales Erbrecht*.

semblables aux nôtres, quoique issues de principes de droit interne différent, des pays anglo-saxons (2), mais avec celles d'un des droits continentaux. Nul, parmi eux, ne nous a paru plus propre à la comparaison que le droit allemand. Les articles 24 à 26 de la loi d'Introduction du Code civil adoptent en une rédaction, brève il est vrai, comme principe de rattachement pour l'ensemble de la succession d'un étranger, la loi nationale du défunt. Or les droits français et allemand, *admettent pareillement la transmission universelle des biens du de cujus à l'héritier* (art. 724 C. civ., § 1922 B.G.B.). Il nous a donc paru intéressant de rechercher, si possible, les raisons et l'étendue des divergences des deux droits dans le domaine international, alors qu'ils partent l'un et l'autre d'un principe interne d'unité successorale.

3. — On pourrait objecter à notre étude, si elle n'était menée que bilatéralement, des arguments d'ordre statistique, la rareté des espèces judiciaires relatives aux successions de Français morts en Allemagne, plus encore d'Allemands morts en France (3). Il est assez facile de les réfuter car la science des statistiques n'est encore que bien imparfaite : l'optique du droit allemand révèle — comme nous l'a prouvé notre expérience personnelle — certaines difficultés à peu près inconnues de la jurisprudence française ; de plus, les problèmes juridiques sont remarquables non seulement par leur complexité mais même par leur nombre, contrairement à ce que laisserait croire un examen superficiel. En la matière, il y a un décalage considérable entre les difficultés qui naissent du règlement international d'une succession et celles que peut entrevoir, par la publication de l'arrêt, le lecteur de la revue juridique. Sur bien des questions successorales l'absence d'un précédent judiciaire incite le praticien à pousser les parties à la transaction ; sans le fil d'Ariane qu'est l'antécédent, nul ne se hasarderait dans le labyrinthe. Ainsi se multiplient les questions « avortées » avant d'aller devant les tribunaux. Malgré tout, *il y a toujours eu une jurisprudence allemande assez abondante* sur les difficultés d'application du droit successoral français. Dès avant la promulgation du B.G.B., elle est née des conflits interlocaux entre pays de « droit allemand commun » et Etats Rhénans encore imprégnés de l'influence napoléonienne. A une époque plus récente, de nombreux citoyens allemands ont dû s'expatrier en raison des bouleversements politiques de l'Allemagne, souvent dans des pays limitrophes comme la France. Le règlement de leurs successions, notamment le droit

(2) V. à ce sujet les études de Mme DEPITRE et celle, plus récente, de M. PETITJEAN : *Fondements et Mécanisme de la transmission successorale en droit français et en droit anglais*, Paris, 1960.

(3) M. DROZ relate que sur 140 cas d'espèce dont il a eu à connaître entre juin 1957 et juillet 1959, six seulement, soit 4,3 % offraient un élément d'extranéité allemand. (*Journ. Not.*, 1961, n° 2, Doctr., p. 50).

à réparation en faveur de leurs héritiers, a suscité un renouveau d'intérêt pour la question (4).

4. — Du côté français, on ne peut oublier que la solution des conflits du droit international allemand a servi à résoudre ceux qui surviennent entre le droit français général et le droit local d'Alsace-Lorraine. Plusieurs particularités du droit successoral allemand, notamment la preuve de la qualité d'héritier par le certificat d'héritier, ont été conservées lors de l'Introduction du droit français dans les départements de l'Est (art. 2253, 2368 Code civil local). Aussi, à l'image de la règle allemande, les lois du 24 juillet 1921 (art. 5 1^o) et du 1^{er} juin 1924 (art. 13 1^o) n'ont fait aucune distinction entre les meubles et les immeubles dans le règlement des successions d'Alsaciens-Lorrains (5). Enfin les relations juridiques entre la France et son principal partenaire du Marché Commun sont appelées à un grand développement ; les problèmes successoraux naîtront avec les facilités d'installation des ressortissants de chaque pays dans l'autre depuis la signature de la Convention d'établissement du 27 octobre 1956 (entrée en vigueur le 24 juillet 1959) (6). De manière significative, le Congrès des Notaires réuni à Nice en 1960, a fait suivre l'étude des règles de conflit successorales françaises, d'un bref examen des droits des pays du Marché Commun, notamment du droit allemand.

5. — On voit donc que les intérêts pratiques de notre comparaison ne manquent pas. Pendant longtemps, pourtant, la valeur même de cette recherche a été discutée. Des auteurs, tenants de l'école « particulariste » — pour ne citer en France que De Vareilles-Sommières — ont insisté sur l'originalité, l'irréductibilité de chaque système. Des considérations « politiques », au sens large du terme, ont obscurci les problèmes juridiques. Le système français convenait à notre pays d'immigration. A l'inverse, des Etats à unité nationale récente, qui virent partir des milliers d'émigrants vers l'Amérique, tels l'Allemagne et l'Italie, soumi-
rent les successions comme l'ensemble des relations de famille à la loi nationale de l'émigrant. De plus, a subsisté et subsiste encore le vieux sentiment que ce serait faire œuvre d'abdication de souveraineté que de tolérer l'application d'une loi étrangère à la succession de ceux qui n'appartiennent pas à la communauté juridique nationale. Dans ces conditions, toute confrontation des systèmes en vue d'un rapprochement ne devait mener qu'à l'échec. Les délégués de la première conférence de La Haye de 1893 crurent d'emblée pouvoir arriver à une unification des

(4) Cf. MEZGER : *Die Beerbung von Franzosen in Deutschland*. J.Z., 1956, p. 303.

(5) Cf. *Répertoire droit civil* mot « Alsace-Lorraine », n° 2021, par SPACH. *Traité pratique de droit civil de Planiol et Ripert*, t. IV, 2^e éd., par J. MAURY et H. VIALLETON, n° 8.

(6) B.G.B., L., 1959.II.929.

règles de conflits successorales. Ce ne fut qu'un insuccès, comme le Projet de Convention de juillet 1905, auquel la France ne prit pas part. L'étude des conflits successoraux disparut dès lors du programme des conférences internationales jusqu'à une époque récente.

6. — On se rend compte toutefois peu à peu de la « cacophonie juridique » qu'entraînent les divisions entre pays qui admettent le « dualisme » et pays tenants de l'unité de la règle de conflit. Nous n'aurions pas manqué tout à fait notre but, si nous pouvions montrer, à la lumière du système allemand unitaire, les inconvénients de la règle française. Les héritiers, qui profiteront souvent de la diversité de lois applicables, accepteront ici, répudieront là ; leur contribution au passif sera due au hasard de la situation des biens laissés par le défunt. Surtout, ce qui est plus grave, si le *de cujus* a testé en la forme nationale, la validité de la disposition pourra être remise en cause par le pays de la loi de la situation de l'immeuble, qui, comme l'Angleterre ou l'Autriche, soumet la forme à la même loi que le fond. Plus modestement, mais avec plus d'efficacité, la 9^e session de la Conférence internationale de La Haye a élaboré et adopté une convention sur la forme des testaments (7). On peut penser que ce n'est qu'une étape avant d'aborder l'étude d'autres questions successorales.

7. — Si l'objet de notre travail est la comparaison du système français et allemand, ce n'est pas seulement pour montrer, comme nous le ferons, la fragilité historique de cette opposition, ni étudier en détail l'ampleur des divergences tant dans la détermination de la loi applicable que dans son étendue. A la différence d'autres législations qui, elles aussi, partent du principe de la loi nationale, le droit allemand prend en considération, non seulement la teneur du droit interne étranger, mais encore les règles de conflits étrangers. Dès lors, par le jeu du conflit positif et du renvoi partiel, le droit allemand est souvent contraint de revenir à des distinctions, fondées sur la nature des biens, qu'il ignorait primitivement. Cette situation et l'analogie qu'elle offre avec celle du droit français, fera l'objet du dernier titre après une étude successive de la *genèse historique des systèmes* (titre I), de la *détermination de la loi applicable* (titre II), et de son *champ d'application* (titre III).

Nous ne dissimulerons pas, chemin faisant, toutes les difficultés auxquelles nous nous sommes heurté, comme les insuffisances de la pratique sur bien des points. Il est un peu paradoxal qu'avec les facilités actuelles d'établissement et de circulation entre les différents pays plane une telle incertitude sur le règlement de successions d'étran-

(7) V. Rapport de H. BATIFFOL, *Document préliminaire*, n° 4, octobre 1959.

gers. Les successions internationales ne sont plus seulement celles du providentiel « oncle d'Amérique » ou du millionnaire phtisique de la Côte d'Azur. Les transformations démographiques récentes — augmentation de l'immigration en Allemagne notamment — doivent faire réfléchir sur un possible rapprochement.

TITRE I

GENESE HISTORIQUE DE LA DIVERGENCE ENTRE LE SYSTEME FRANÇAIS DUALISTE ET LE SYSTEME ALLEMAND UNITAIRE

8. — Si on prend très rapidement connaissance du système français et du système allemand, on ne peut manquer d'être frappé par le rôle de la *jurisprudence*. En droit français, la dualité de la loi applicable aux immeubles et aux meubles a été tirée, on le sait, du seul article 3 du Code civil : « Les immeubles, même ceux possédés par des étrangers, sont régis par la loi française. » En droit allemand, le Code civil (B.G.B.) de 1900 est à peine moins bref : deux articles de la loi d'Introduction, les articles 24 et 25, posent, de manière d'ailleurs incomplète, le principe de la loi nationale. L'article 29 vise le cas des apatrides. Sont en outre applicables à la matière les principes généraux contenus dans les articles 27 et 28. Ces règles sont insuffisantes pour trancher les difficultés que font naître les conflits de lois.

9. — On est alors amené, pour interpréter et compléter le sens des dispositions légales, à faire appel aux précédents jurisprudentiels. L'histoire aiderait à comprendre le rattachement de principe à la loi du domicile ou à la loi nationale.

Cet appel au passé semble être d'un appui précieux en droit français. L'arrêt « *Labedan* » de 1939 (1) a insisté sur la continuité du système. Il énonce que la distinction des immeubles et meubles et la soumission de ces derniers à la loi du domicile vaut « selon l'ancienne règle toujours subsistante ».

Au regard des auteurs allemands, cette méthode est plus douteuse, et partant, un des deux éléments de notre comparaison risque de faire

(1) 19 juin 1939, D.P., 1939.I.97, note L. P.

défaut. *L'admission du principe de la loi nationale par le B.G.B. est présentée comme neuve et sans aucun lien avec le passé* (2).

10. — En réalité, aucun système, dans la matière des successions, ne peut faire fi de ses antécédents, pas plus le système allemand qu'un autre. Il n'est pas inutile de se demander si les précédents du B.G.B. ont offert quelque analogie avec ceux du système français. C'est l'intérêt de l'histoire comparative d'échapper « au cercle vicieux » et au narcissisme intellectuel ; trop souvent, on s'interroge à partir d'un système donné, sur le mode de rattachement idéal, pour conclure à la supériorité de son propre système. Toute réforme est, par là, vouée à l'échec.

Il y a aussi un danger : nos connaissances d'histoire du droit international privé restent, malgré les beaux travaux entrepris depuis Lainé, insuffisantes. Il est alors tentant, dans un domaine où les oppositions sont si vives, d'utiliser l'histoire comme un argument supplémentaire en faveur de telle ou telle règle de conflit.

Une difficulté particulière existe dans la comparaison du système français et du système allemand. Ils ne se sont pas développés de manière indépendante, mais ont plus ou moins agi l'un sur l'autre. Ces actions et réactions se sont produites — comme d'ailleurs en droit interne lui-même — (3) non sans un certain retard dans le temps ; il est alors malaisé de dégager l'évolution commune.

Quoi qu'il en soit, pour opposer système français et système allemand, nous examinerons les antécédents qui, seuls, expliquent bien des contradictions à l'intérieur même de chaque système.

11. — La réponse apportée aux possibilités de rattachement varie avec le droit interne lui-même, et les problèmes internationaux propres à chaque Etat.

Il y a, *au point de départ, des données communes* en droit français et en droit allemand ; elles entraînent des solutions analogues. L'ancien droit français des successions et le droit germanique sont profondément marqués par les conceptions féodales. La transmission des terres compte seule à l'origine. D'une coutume à l'autre les règles divergent ; il y a autant de successions différentes que de biens situés dans divers « détroits » coutumiers. La tendance est de faire jouer le rattachement « naturel », la loi de la situation du bien. C'est d'ailleurs un raisonnement que ne se tient pas le juge, avant tout soucieux d'appliquer sa propre loi. On peut donc à peine parler de règles de conflit. Ce système grossier est

(2) Cf. les critiques de M. H. LEWALD, à propos des « morts qui parlent » et de la fidélité de la jurisprudence envers des « doctrines surannées, revêtues d'un cachet d'antiquité », dans *Questions de droit international des successions, Recueil des Cours de l'Académie de La Haye*, 1925, t. IV, p. 6.

(3) M. H. COING : *L'influence de la France sur le droit allemand. Rev. jur. du Sud-Ouest*, Bordeaux, 1960, n^{os} 3-4, p. 59 s.

aggravé par les conceptions sur la condition de l'étranger ou « aubain ». Dès le début elles se mêlent à notre matière. Car de nombreux seigneurs confisquent les biens de l'aubain sur leur seigneurie. La confiscation supprime tout problème d'intervention de la coutume étrangère dans le règlement successoral.

12. — *La renaissance du droit romain et l'adoucissement de la condition des étrangers entraînent des modifications.* Le droit romain apporte un double principe : celui de la transmission universelle des biens du défunt à l'héritier, et celui de la primauté de la succession testamentaire. L'« émiettement successoral » du système féodal est en contradiction avec l'idée que l'ensemble des biens et des droits du *de cujus* se regroupe en la personne du successeur. Dans la pratique, le renouveau de la succession testamentaire montre la nécessité d'assurer une certaine unité successorale pour faire prévaloir partout la volonté du défunt. En même temps les échanges se développent. La situation des étrangers s'adoucit, et la question de jouissance des droits se sépare de celle des règles de conflit.

Ainsi sont réunies les conditions d'un *affaiblissement du système de la loi réelle*, en France, vers le *xv^e* siècle, en Allemagne au début du *xvii^e* siècle. On aboutit à une disparition d'une loi propre à chaque meuble ; on regroupe les divers éléments de la succession mobilière et on les soumet à la seule loi du domicile du défunt. Ce système se prolonge pour la France jusqu'au début du *xviii^e* siècle ; il est consacré pour l'Allemagne par la codification de la fin du même siècle.

13. — Jusque-là les solutions ont concordé. Partout la distinction des immeubles et des meubles est admise. La *jurisprudence française* hésite alors, et toujours poussée par des difficultés pratiques, *s'achemine vers une solution unitaire*. La loi de la situation de l'immeuble disparaît progressivement, pour faire place à la soumission de l'ensemble des biens de la succession à la loi du domicile ; mais vers la fin du *xviii^e* siècle, avec la codification du droit français, cette tendance s'efface. *La jurisprudence postérieure au Code civil maintient la distinction des immeubles et des meubles, tandis que la solution unitaire triomphe en Allemagne à partir de SAVIGNY.*

14. — Dans une nouvelle étape, *les arrêts français s'interrogent sur le sens de rattachement des meubles à la loi du domicile*. La question ne sera tranchée en principe qu'à partir de 1939. Le *Reichsgericht*, lui, *admet pour l'ensemble de la succession le rattachement à la loi du domicile*. Mais des difficultés relatives à la notion de domicile, une situation démographique nouvelle, amènent le B.G.B. à prendre le contre-pied de ce système. Il consacre le principe de la loi nationale.

Nous sommes ainsi amené dans trois chapitres, à rechercher les origines et les raisons des contrastes de systèmes :

CHAPITRE I

ELABORATION DE LA DISTINCTION DES MEUBLES
ET DES IMMEUBLES

CHAPITRE II

EVOLUTION VERS UNE LOI UNIQUE
ET DIVERGENCE DES SYSTEMES

CHAPITRE III

IMPORTANCE RESPECTIVE DU DOMICILE ET DE LA LOI
NATIONALE DANS LES DEUX SYSTEMES AU XIX^e SIECLE

CHAPITRE PREMIER

ELABORATION DE LA DISTINCTION DES MEUBLES ET DES IMMEUBLES

15. — Les deux systèmes ne peuvent être utilement comparés qu'à partir du moment où l'on discerne, de part et d'autre, la formation d'un droit particulier. On sait que, par suite des invasions germaniques en Gaule, des règles différentes s'appliquaient aux Germains et aux Gallo-romains sur un même territoire ; elles n'entraient, semble-t-il, que rarement en conflit, et le système de la personnalité des lois ne peut fournir aucun précédent valable (1). D'autre part, il est malaisé, par suite de l'influence germanique, de distinguer au début, droit coutumier français et coutumes proprement germaniques. Seule, l'influence du droit romain introduira une distinction assez nette. En France, le droit écrit n'a jamais disparu des pays du Midi. Très tôt il pénètre dans le droit coutumier du Nord. La distinction française des pays de droit écrit et de droit coutumier garde une valeur relative, et — ceci est de plus en plus démontré — ne prend une forme rigide qu'avec la « seconde renaissance » du droit romain au xvi^e siècle (2).

En Allemagne, au contraire, la pénétration du droit romain a un caractère beaucoup plus massif et brutal. Mais elle paraît tardive dans la matière des successions. On fait dater le triomphe du droit romain commun (*Gemeines deutsche Recht*) de l'ordonnance de 1495 qui prescrit au juge de l'appliquer (3). En fait, son influence a été très variable selon les régions, plus en Allemagne du Nord et du Centre qu'en Saxe

(1) En ce sens, Ch. FREYRIA : *La loi applicable aux successions mobilières en droit international privé français*. — La maxime « *mobilia sequuntur personam* », thèse Lille, 1946, p. 32.

(2) V. 1^{re} partie, *Cours doctorat* 1958-1959 de P. TIMBAL : *La coutume, source de droit privé*.

(3) H. MITTEIS, nouv. édit., par H. LIEBERICH : *Deutsches Privatrecht (Studienbuch)*, München-Berlin, 1959, p. 10.

ou dans certaines villes du Sud-Ouest (4). Elle n'a touché les règles de conflit qu'à la fin du XVII^e siècle.

Ces indications sommaires étaient nécessaires pour comprendre le décalage chronologique d'un système par rapport à l'autre. Toutefois on retrouve partout les mêmes problèmes. La condition des étrangers ou aubains, l'influence du droit interne sur les règles de conflit, ne sont pas foncièrement différentes en France et en Allemagne.

§ 1. — *Influence de la condition des étrangers sur les règles de conflit.*

16. — Dès les origines — on ne saurait trop insister sur un aspect, pourtant bien connu — la question de jouissance des droits domine la matière en France. Dans une conception primitive *la succession touche de trop près* à l'acquisition de la propriété et à *des considérations d'ordre public pour qu'une coutume étrangère soit applicable*. Par coutume étrangère, il faut entendre celle d'une autre seigneurie. Le seigneur n'est préoccupé que de la confiscation des biens d'aubains qui vivent dans le ressort de sa seigneurie (5). Les premiers « conflits » semblent naître en réalité des prétentions concurrentes des seigneurs. Ils veulent exercer leurs droits sur les biens de l'aubain situés dans le ressort d'autres coutumes. C'est à *propos de la confiscation* qu'apparaîtra, par la suite, l'adage attribué à Balde : *Mobilia sequuntur personam*.

17. — Pareil système est en soi négateur de la règle de conflit et pèse de manière injustifiée sur les solutions. L'ancien droit tiendra à adoucir progressivement la situation de l'aubain, et à *séparer* par là *le problème de la jouissance des droits de celui de leur exercice*. Un résultat ne sera définitivement acquis sur ce point qu'en Allemagne.

A l'origine des mesures prises contre les aubains, il y a sans doute le vieux sentiment germanique de la nécessité d'une cohésion du groupe familial. Etre exilé du groupement est un grave châtiment et quiconque ne se mêle pas au groupe, sinon d'une manière épisodique, ne peut bénéficier de ses droits (6). Ce raisonnement fut transposé dans la vie seigneuriale ; celui qui est de passage reste extérieur à la seigneurie ; il bénéficie d'une protection temporaire du seigneur, mais se trouve frappé d'un ensemble d'incapacités ; il ne peut recueillir une succession, ni disposer ou recevoir par testament. Une telle situation se modifiera très vite en droit français et surtout en droit allemand. Aux préoccupations fiscales feront place des considérations plus spécifiquement juridiques.

(4) MITTEIS, *op. cit.*, p. 11.

(5) TIMBAL, *op. cit.*, p. 160.

(6) V. OLIVIER-MARTIN : *Histoire du droit français*, Paris, 1948, n° 3. *Répertoire méthodique et alphabétique de législation, doctrine et jurisprudence* 1850 (*Jurisprudence générale*, t. XVIII) mot « droit civil », n°s 25-26.

18. — En France, d'assez bonne heure, on distingua *aubains régnicoles*, qui se déplaçaient d'une seigneurie à l'autre à l'intérieur du royaume, et *aubains non régnicoles* à l'extérieur du royaume. Dès le règne de saint Louis, au XIII^e siècle, les aubains régnicoles sont dans une très large mesure relevés de leur incapacité. Ils peuvent faire des libéralités à l'Eglise, transmettre toute la succession à leurs descendants, sauf la moitié de leurs meubles. S'ils décèdent sans enfants, les seigneurs sont tenus d'exécuter leurs legs (7). La catégorie disparaît peu à peu par le procédé de l'« avouerie » du roi (8). L'« hommage » féodal de tous ceux qui n'ont pas de patron est rendu au roi.

Loiseau le constate dès le XV^e siècle. Le roi, malgré la résistance des seigneurs, a seul le profit pécuniaire des successions d'aubains. L'incapacité ne subsiste plus guère qu'à l'égard des aubains non régnicoles, c'est-à-dire étrangers au royaume. Ils ne peuvent recueillir de succession. Encore ce principe ne cesse-t-il de s'affaiblir au XVII^e siècle et au XVIII^e siècles. L'étranger obtient des « *lettres de nationalité ou de naturalité* ». Il est placé alors dans une situation plus favorable que le Français, car il peut *disposer de ses biens, sans avoir à se soucier des limites de la quotité disponible*, imposées par la loi de la situation (9).

Même sans ces lettres, la royauté entend ménager de nombreuses catégories d'étrangers (10). Ainsi une déclaration royale du 7 décembre 1715 énonce que la succession des étrangers domiciliés hors du royaume et propriétaires de rentes payables sur l'Hôtel de Ville se règle d'après la loi du domicile (11). Une série de traités sont passés entre la France et les Etats allemands : traité de 1716 avec les villes hanséatiques (renouvelé en 1769 pour Hambourg), traité de 1753 avec la Prusse (suspendu, puis prorogé avec la guerre de Sept Ans), traité de 1781 avec le Palatinat. Ils abolissent le droit d'aubaine du Roi de France, qui ne lève plus qu'un droit de détraction (taxe de 10 %) sur la succession des étrangers en France (12). Pareille suppression ne peut se comprendre que comme l'assimilation du conflit entre une coutume française et une règle étrangère au conflit inter-coutumier français... La proclamation officielle de la suppression du droit d'aubaine par la Révolution sera, en fin de compte, de peu de portée pratique. La question de la jouissance des droits se détache du jeu normal de la règle de conflit. La Constitution de l'an III précisera que « les étrangers peuvent... recevoir des biens situés en France

(7) Répert. cit., n° 29 : *Etablissements de Saint-Louis*, ch. 96, l. 1.

(8) H. BATIFFOL, *op. cit.*, n° 14.

(9) Répert., *op. cit.*, n° 34 : Un privilège spécial l'emporte sur la coutume.

(10) R. VILLERS : *La condition des étrangers en France dans les trois derniers siècles de la monarchie*, Rec. de la S^e Jean Bodin, X, 1958, p. 142.

(11) G.-R. DELAUME : *Les conflits de lois à la veille du Code civil (contribution à l'histoire du droit international privé français)*, Paris, thèse 1947, p. 185.

(12) Répert., *op. cit.*, n° 41.

et en disposer de même que les citoyens français par tous les moyens autorisés par la loi » (13). À cet égard, les articles 726 et 912 du Code civil, qui subordonnent la possibilité pour l'étranger de recueillir et disposer des biens à une exigence de réciprocité, marquent *un recul*. Les tendances xénophobes se font jour après le Code. L'institution du prélèvement en témoignera. Ce sera un des éléments qui éloigneront le système français du système allemand.

19. — Le droit allemand se caractérise, en effet très tôt, *par une grande faveur à l'égard des étrangers*, qui ne devait jamais se démentir. Dès le XIII^e siècle, à l'intérieur du Saint Empire, des exemptions individuelles au droit d'aubaine sont accordées aux étrangers soucieux de tester selon les lois de leur cité. On cite en ce sens le célèbre décret de l'Empereur Frédéric II : « *Omnes peregrini...* » (14). Certaines régions d'Allemagne posent l'exigence, par imitation, semble-t-il, des statuts italiens, d'une admission à domicile. Le jeu de la règle de conflit au profit de l'étranger dépend de l'établissement d'un domicile dans la ville. Il doit en être encore ainsi au XVIII^e siècle, puisque Puffendorf critique cette exigence et cite contre elle une décision du Sénat de Celle de 1719 (15). Ce n'est guère qu'une survivance. Les Etats allemands, surtout la Prusse au XVII^e et au XVIII^e siècles sont soucieux d'attirer de nombreux réfugiés étrangers, en particulier protestants. Le § 34 du Code prussien de 1794 (A.L.R.) pose le principe que les « étrangers qui vivent et font des affaires dans les Etats prussiens doivent être traités selon les principes admis », c'est-à-dire comme l'indique le § 32, ceux « des lois d'un Etat qui lient tous les membres qui le composent » (16). Au milieu de dispositions diverses sur les conflits, on affirme ainsi qu'il n'est fait aucune différence entre les ressortissants d'un Etat et les étrangers. C'est le point de départ des *solutions allemandes du XIX^e siècle qui, à la différence du droit français, dégageront le domicile de toute signification politique*. Les règles de conflits allemandes parviendront, beaucoup plus tôt que les françaises, à dissiper l'équivoque.

20. — Il reste que, dans l'ancien droit, les conflits entre une coutume et une règle étrangère sont l'exception. Ou tout au moins la jurisprudence n'en garde pas de traces. Les principales règles de rattachement se sont

(13) Répert., *op. cit.*, n° 41.

(14) V. BATIFFOL, *op. cit.*, n° 14.

(15) PUFFENDORF : *Observationes juris I* Observ. 32 « *Incolis quoque non exemptis, domicilium in civitate habentibus ex jure civitatis succeditur, et si jus civitatis non habeant. Et ita Senatus Cellensis judicavit anno 1719* » cit. VON BAR : *Theorie und Praxis des internationalen Privatrechts*, 2^e éd., Hanovre, 1889, t. I, p. 166, note 6. Cf. TIMBAL, *op. cit.*, p. 170.

(16) V. B. NOLDE : *La codification du droit international privé*, Académie de droit international (Cours La Haye, 1935). Extrait des Cours, Paris, 1936, p. 12.

dégagées par le jeu de relations inter-coutumières à l'intérieur d'un même ensemble (Royaume de France ou Saint Empire). A cette époque, la notion d'étranger restait équivoque, et la jouissance des droits ne se séparait pas encore du jeu de la règle de conflit. Il nous faut donc raisonner sur ce que la terminologie moderne appelle « les conflits inter-locaux ». Les enseignements de l'ancien droit proviennent, ne l'oublions pas, de conflits de coutumes au fond assez proches les unes des autres. Encore au XIX^e siècle en Allemagne, SAVIGNY raisonnera à partir du « droit commun » romain, inspirant plus ou moins tous les droits allemands. Nous sommes ainsi amené à apprécier l'influence du droit interne sur la structure de la règle de conflit.

§ 2. — Droit interne et règles de conflit.

21. — Aussi essentiel que la condition faite aux étrangers est le droit interne lui-même, pour comprendre l'évolution. L'ancien droit français coutumier, comme les recueils germaines du XIII^e siècle « *Sachsenspiegel* » (Miroir de Saxe), « *Schwabenspiegel* » (Miroir de Souabe) (pour la Suisse et l'Allemagne du Sud-Ouest) ne connaissent *aucun principe général de transmission successorale* (17). L'ensemble des biens du défunt se disperse à sa mort. La terre, le fief, dont la transmission est si importante à l'époque féodale, passe au fils aîné du défunt. Mais la *famille exerce une emprise très forte*. C'est le souvenir de l'époque primitive où le décès du défunt amenait ses proches à exercer une propriété collective sur ses biens. En particulier les objets à l'usage des hommes (*Heergewedde*) sont isolés en une masse à part. A défaut de descendants, les biens sont simplement répartis en deux fractions selon leur origine, l'une à destination des parents par les hommes, l'autre des parents par les femmes (18). Très tôt enfin, dans le Saint Empire, les exploitations rurales (*Bauerngüter*) obéissent à des règles spéciales de transmission.

Ce n'est pas seulement dans la dévolution que se manifeste la conception familiale, et l'absence d'unité de la succession, mais également dans la transmission. Le vieux droit germanique admet que l'exercice du droit successoral est suspendu pendant un délai de trente jours, consacré aux fêtes religieuses. Durant ce laps de temps, ceux qui ont vécu dans l'intimité du défunt (*Hausgenossen*) ont la jouissance de la maison et des objets du ménage (19). A son expiration, les biens sont répartis entre les différents héritiers et les créanciers satisfaits. Mais du fait de l'absence

(17) OTTO STOBBE : *Handbuch des Deutschen Privatrechts*, t. V, Berlin, 1885, pp. 5-6.

(18) STOBBE, cit.

(19) D'où l'origine du droit au « trentième » (Dreissigste, reconnu par les art. 606 Z.G.B. et 1969 B.G.B. V. HEINZ-LEFERENZ : *Germanischrechtliche Einschläge im Erbrecht des Code Civil Frankreichs verglichen mit dem schweizerischen Und deutschen Recht*, Dissert. Heidelberg, 1939, p. 44.

d'une transmission d'ensemble des biens et droits, l'idée d'une responsabilité générale aux dettes successorales est exclue (20). Chaque héritier paie les dettes attachées au bien dans la limite du montant de l'émolument.

22. — Le décès du défunt a ainsi pour conséquence une série de transmissions particulières. Il est donc difficile, dans le jeu du conflit, d'éviter l'attraction de la loi de la situation de chaque bien, la loi réelle. A l'inverse, *dès que se développera le principe de l'unité de la succession en droit interne, l'application d'autant de lois qu'il y a de biens soumis à des règles différentes, risquera d'apparaître comme un archaïsme*. C'est l'idée mise en valeur par RABEL (21), d'un *parallélisme entre l'évolution de la règle de droit interne et celle de la règle de conflit*.

Historiquement, il semble pourtant que ce ne soit là qu'un raisonnement *a posteriori*. M. TIMBAL a fait remarquer à juste titre qu'une application systématique de la coutume territoriale suppose une distinction entre statut personnel et statut réel avec une préférence systématique pour ce dernier (22). Or tel n'est pas le cas. Le juge ne songe pas à appliquer aux immeubles du défunt hors du ressort de sa coutume, la loi de la situation. Il applique simplement sa propre loi *lex fori*. La compétence judiciaire entraîne la compétence législative. Les tribunaux d'échevins (*Scabini*) doivent d'ailleurs faire face aux revendications des seigneurs qui tendent à la confiscation des biens de l'aubain.

23. — Ce système très grossier, même s'il s'accompagne d'un adoucissement progressif de la condition de l'étranger, reste longtemps celui de l'Allemagne ; au XIII^e siècle, le « *Miroir de Saxe* » se contente encore d'écarter le principe de la personnalité des lois barbares (23). Au XVI^e siècle, les auteurs EVERARD et THILMANN s'en tiennent toujours à cette vue sans distinguer entre les biens (24). Deux motifs expliquent la persistance de ces règles primitives : *la résistance du droit successoral germanique à la pénétration romaine et l'absence de toute jurisprudence ferme*.

(20) V. STOBBE, *op. cit.*, p. 7. MITTEIS, *op. cit.*, p. 144.

(21) V. ERNST RABEL : *The conflict of laws, a comparative study*, Ann Arbor, 1958 (University of Michigan Law School), t. IV. Part thirteen (Inheritance), p. 246. *The estate in principle forms an entity without regard of geographical frontiers, although the consequence that only one law of inheritance should govern is not drawn in all civil law jurisdictions.*

(22) P. TIMBAL : *Cours 1958-1959, op. cit.* Titre II, chap. II, p. 161.

(23) Cf. WERNER NIEDERER : *Einführung in die allgemeinen Lehren des internationalen Privatrechts*, Zürich, 1956, p. 37.

(24) *Statuta de rebus non extenduntur ad res extra territorium citas*, cit. par WACHTER : *Über die Collision der Privatrechtsgesetze verschiedener Staaten (Archiv für die civilistische Praxis)*, 1841, p. 274.

Dans la conception primitive du droit germanique, le défunt ne peut librement disposer de ses biens, alors que le droit romain consacrait le principe de la primauté de la succession testamentaire. Ce n'est que peu à peu que le *de cuius* se voit reconnaître une certaine faculté de prévoir, par mode contractuel, la dévolution de ses biens. Il use, par exemple, de la donation *mortis causa*, ou remet le bien à son homme de confiance, ou *Salman* qui le retransmet plus tard à l'héritier (25). Le testament n'apparaît que tardivement, et malgré l'hostilité du droit romain à l'égard de la succession contractuelle, cette dernière subsistera en Allemagne. Or dans la pratique, la succession testamentaire pose de graves problèmes. Si les biens sont situés dans des ressorts coutumiers différents, il est difficile de faire assurer partout le respect de la volonté du défunt.

D'autre part, le principe romain d'unité de transmission s'imposera mal, dans une Allemagne qui garde une structure très féodale. On ne veut voir dans la succession qu'une série d'acquisitions particulières de la propriété. Comme telles, elles sont soumises à la loi de la situation. L'étude des successions est rangée dans celle des biens. On fait dater le triomphe du droit romain en Allemagne de l'ordonnance de 1495 qui prescrit au juge d'appliquer « le droit romain commun ». Or l'importance de la personne même de l'héritier, et des considérations familiales n'est guère perçue par les auteurs. Le renversement de la tendance n'aura lieu qu'au XVIII^e siècle : en 1750 seulement, Christian WOLFF incorporera dans son ouvrage « *Institutiones naturæ et gentium* » le droit de la succession dans l'étude de la famille et non plus des biens (26). C'est une « spiritualisation » des successions, considérées comme la « projection de la personne du défunt ».

Enfin, cet état de chose sera rendu possible par l'impuissance de la jurisprudence à élaborer des solutions de conflits à peu près valables pour toute l'Allemagne. L'influence des tribunaux, avec l'extraordinaire enchevêtrement d'Etats, est très limitée ; la création d'une Chambre d'Empire (*Reichskammergericht*) en 1495 n'apporte guère d'unité à la jurisprudence (27). Le contraste est grand avec la France où, dès le xv^e siècle, les Parlements ont élaboré des règles fermes, qui ont valeur de précédent dans tout le ressort, et imposeront bientôt l'« arrêt de règlement ».

24. — La pratique joue en effet en France un rôle essentiel. Très tôt la situation est beaucoup plus complexe qu'en Allemagne. Le droit

(25) NAST : *De la prohibition des pactes pour succession future, histoire, droit civil moderne, législation*, Paris, Sirey, 1905, pp. 396-398.

(26) V. *Staudingers Kommentar*, t. V, *Erbrecht*, Berlin, 1954, 11^e édit. BOEHMER-LEHMANN-SEYBOLD, par M. BOEHMER, p. 9.

(27) MITTEIS-LIEBERICH, *op. cit.*, p. 7.

romain pénètre dans les pays de coutume. Le développement économique du pays progresse ; meubles et marchandises circulent aisément d'un point à l'autre et rendent un peu illusoire l'application de la loi réelle. Il ne faut pas oublier que la situation des aubains s'améliore. La loi de la situation fait place à une distinction des meubles et des immeubles. Si les immeubles restent soumis à la *lex rei sitæ*, les meubles eux, suivent la loi du domicile.

25. — *On a longtemps attribué la distinction à la seule influence des glossateurs, puis des post-glossateurs de l'école italienne. La thèse est trop classique pour ne pas être ici brièvement rappelée. Les glossateurs forgent les grandes catégories de rattachement, procédure, personnes, choses, contrat et délit ; BARTOLE (1314-1357) pose la célèbre alternative : ou bien les successions appartiennent aux règles sur les personnes, et on applique la loi qui gouverne le statut des personnes, ou bien elles ressortissent des choses, et on applique la loi qui gouverne les choses (28). Après une tendance des post-glossateurs à appliquer la loi réelle, BALDE d'abord, à propos de la confiscation, puis Alexander d'IMOLA, dans la fameuse *consultatio* 19 (29), posent le principe. Ils admettent que les meubles d'un défunt sont soumis à la même loi que celle de leur propriétaire, la loi du domicile. Le ressortissant de Lucques, qui a eu de longues années son domicile à Rome, aura sa succession mobilière régie par le statut de Rome, quelle que soit la situation effective de ses meubles.*

On ajoute souvent que la thèse classique se serait fixée définitivement à partir d'Alexander. La discussion se serait limitée jusqu'à la Révolution et au Code civil, à la signification du domicile.

26. — Si l'influence des Italiens n'est pas à écarter, la distinction des meubles et des immeubles s'est surtout faite pour répondre à des besoins pratiques immédiats : *assurer la validité des testaments, faciliter le règlement des successions.*

La renaissance rapide en France de la succession testamentaire posa le problème d'assurer sa validité. *Une application conséquente de la loi de la situation supposait que la disposition fut conforme en la forme comme au fond à cette loi.* Or, dès lors que la distinction entre forme et fond était faite, il y avait des *risques fréquents de nullité de forme*. L'Eglise, principale bénéficiaire des legs, était avant tout soucieuse d'en voir la validité assurée. Une première brèche est alors ouverte dans le

(28) V. Armand LAINÉ : *Introduction au droit international privé contenant une étude théorique et critique de la théorie des statuts et des rapports de cette théorie avec le Code civil*, Paris, 1892, p. 158 (avec le rappel du critère de l'ordre des mots). FREYRIA, *op. cit.*, p. 89.

(29) *Consult.* 19, livre IV, n° 9, citée par FREYRIA, *op. cit.*, p. 60. *Mobilia debent judicari... eodem modo ac si fuissent in eo loco in quo erat persona testatoris.*

système « territorial » Une disposition est valable, conformément à la loi du lieu où elle a été prise, *même si en la forme elle contrevient à la loi de la situation du bien*. C'est ce qui résulte d'un arrêt du Parlement de Paris du 22 septembre 1341 (30).

Par suite des difficultés que l'on éprouve à assurer le règlement successoral, en particulier le paiement des dettes sur chaque bien, et le recours de l'héritier qui a payé plus que sa part, on ne s'en tient pas là. *On admet que les meubles, qu'on ne peut par nature que localiser difficilement, sont concentrés au domicile du défunt*. L'évolution de la doctrine ne trompe pas : au début du XIV^e siècle, Pierre de BELLEPERCHE propose que dans chaque « détroit » coutumier les meubles supportent les dettes qui s'y attachent. Quelques années plus tard, Guillaume de CUN *demande déjà que les biens meubles contribuent au règlement du passif, quelle que soit leur situation* (31).

27. — La distinction, formulée par une pratique que nous connaissons mal, des meubles et des immeubles, ne fut rendue possible que grâce à la disparition progressive des aubains dans le royaume : au XVI^e siècle, la plupart des coutumes consacrent ce compromis. Il va être fortifié par les précisions apportées à la notion du domicile. Le système allemand se rallie à la distinction française. Ces règles trouveront leur consécration dans les codifications du XVIII^e siècle.

§ 3. — *Consécration de la distinction des meubles et des immeubles quant à la loi applicable.*

28. — Il ne suffisait pas d'énoncer que la succession mobilière était soumise à la loi du domicile. *Il fallait préciser le concept même de domicile*. Dès cette époque, l'incertitude règne. Pour les uns, le domicile doit être compris au sens de l'« origo » du droit romain, *le premier établissement de l'individu*. En cas de changement de domicile de l'intéressé, seul le premier aurait été pris en considération pour déterminer la loi applicable. Cette solution, présentée par ROMANUS et A. DE ROSATE, semble avoir été préconisée par l'école italienne (32). En poussant le raisonnement à l'extrême, le lieu où le défunt s'est fixé la première fois peut être celui de la naissance ; dans cette perspective,

(30) Arrêt 22 sept. 1341 (Arch. X, 1 8 g f^o 210), rapp. par P. TIMBAL, *op. cit.*, p. 168. Le défunt avait laissé des biens en Auvergne et rédigé un testament de passage à Toulouse. Les héritiers de l'Auvergnat contestèrent la validité du testament devant le bailli d'Auvergne. Le testament avait été rédigé selon la forme locale de Toulouse (en présence de deux ou trois témoins), et non selon celle de la situation des biens (l'Auvergne, pays de droit écrit, exigeait 7 témoins). La validité du testament fut admise par le bailli d'Auvergne et confirmée par le Parlement de Paris.

(31) TIMBAL, *op. cit.*, p. 186.

(32) V. FREYRIA, *op. cit.*, p. 96.

le domicile ainsi compris est à l'origine de la loi nationale. Il prend déjà un caractère politique plus marqué. De plus, *son caractère fictif ressort nettement* : on ne s'attacherait même plus au lieu où l'individu aurait le centre de ses intérêts, mais à son statut d'origine, avec lequel il n'a peut-être plus aucun lien. Or *l'école française* s'en tint au domicile du défunt au moment de son décès, et par là *resta logique avec l'esprit du système*. Puisque la concentration des meubles au domicile était admise pour diminuer les difficultés du morcellement, il était *inutile de reconnaître applicable une coutume, sans rapport avec la localisation des intérêts de cujus*. La loi du domicile était une exception, par rapport à la loi de la situation ; *cette anomalie devait ne pas être étendue au-delà de sa justification pratique*. Une phrase de d'ARGENTRÉ, reprise par la suite, ne laisse aucun doute à cet égard : « *Originis locum nusquam in foro considerationem habet, cum aliud domicilium propositum* » (33).

29. — Dans l'esprit de d'ARGENTRÉ, la loi du domicile n'était en effet qu'une exception. On l'oppose toujours à DUMOULIN. Alors que DUMOULIN aurait admis que la loi du domicile était toute fictive, gardait un caractère réel, d'ARGENTRÉ l'aurait comprise comme étant celle du statut personnel. La succession mobilière aurait été soumise à la même loi que celle qui gouverne l'état et la capacité, la loi du domicile. En réalité *tous deux partent de la même méthode. Ils cherchent à localiser chaque bien, alors que plus tard SAVIGNY prendra la méthode inverse en ne s'attachant qu'à l'ensemble du patrimoine*. « *Semper inspicitur locus ubi res sita est* », précise DUMOULIN. Seules leurs conclusions sont opposées : DUMOULIN affirme que par eux-mêmes les meubles ont une place dans l'espace, tandis que d'ARGENTRÉ le nie. Finalement le résultat ne diffère guère. DUMOULIN consent, par exception pratique, à l'application de la loi du domicile. D'ARGENTRÉ fait de même, sans attacher la moindre importance aux meubles : « *Quoniam per omnia ex conditione personarum legem accipiunt, et situm habere negantur nec loco contineri decurunt* » (34).

30. — Par delà les divergences doctrinales, la solution est donc très ferme : loi du domicile pour les meubles, loi réelle pour la transmission et le partage des immeubles dans les successions testamentaires et *ab intestat* (35). Les grandes codifications entreprises en Allemagne, à la suite de l'admission par la doctrine de cette distinction, seront dans le

(33) Comm. art. 218, Coutume de Bretagne, cit. FREYRIA, *ibid.*

(34) Art. 218 C. de Bretagne, FREYRIA, *op. cit.*

(35) Arrêt Parlement de Paris, 27 mars 1575, cité par F.-J. DUMOULIN : *Philippe de Renusson und das französische International privatrecht des 17. Jahrhunderts dissert.* Cologne, 1959, p. 40. Un mari dont le droit du domicile n'interdisait en aucune façon les donations entre époux a testé en faveur de sa femme sur des immeubles situés dans une coutume qui prohibe pareille disposition. Nullité du testament.

même sens. Les auteurs allemands, à partir du XVII^e siècle, plus ou moins sous influence hollandaise, suivent DUMOULIN et d'ARGENTRÉ.

31. — La doctrine française exerce en effet une influence décisive en Allemagne, par l'intermédiaire de JEAN DE VOET et ULRICH HUBER. HERTIUS (1652-1710) dans un ouvrage posthume paru à Francfort en 1737 : « *De collisione legum* », se rallie à la doctrine de d'ARGENTRÉ ; il énonce clairement : « *Mobilia ex conditione personæ legum accipiunt nec loco continentur* » (36). La loi du domicile régit la succession mobilière comme l'état de la personne. COCCEJ (1644-1719) aboutit à la même conclusion, mais en partant de l'idée de DUMOULIN que les meubles naturellement localisables sont fictivement concentrés au domicile. *La pluralité des lois applicables est admise dans les codifications de la fin du XVIII^e siècle* : « *Codex Maximilianeus Bavaricus civilis* » de 1756, « *Corpus Juris Fredericiani* » (Code prussien) préparé en 1749, promulgué en 1794.

Il ne faut pourtant pas s'y tromper, le principe demeure toujours la « réalité » de la loi successorale. Si un Etat autorise éventuellement l'application de la loi du domicile étrangère, c'est en vertu de la fameuse « *comitas gentium* » des Hollandais. L'expression traduite un peu plus tard en France par « courtoisie internationale », donnera lieu à une regrettable conception de l'application de la loi étrangère. Toutes traces n'en sont pas encore effacées, comme nous aurons l'occasion de voir dans la prise en considération de la règle de conflit étrangère (37).

32. — Mais déjà l'ampleur de l'influence romaniste se traduit par l'idée du caractère incorporel et universel du droit successoral. Des nécessités pratiques renversent la tendance jusque-là favorable à la réalité. Cette évolution va être arrêtée en France après le Code civil ; elle triomphera en Allemagne à partir de SAVIGNY.

(36) V. FREYRIA, *op. cit.*, p. 81. Martin WOLFF : *Das internationale Privatrecht Deutschlands*, 3^e édit., 1954 (Berlin-Göttingen Heidelberg), p. 18.

(37) V. WOLFF, *op. cit.* H. BATIFFOL, *Traité, op. cit.*, n^{os} 225-226. Max GUTZWILLER : *Le développement historique du droit international privé*, Cours Académie de Droit international, 1928, Paris, 1929, pp. 43-44.

CHAPITRE II

ACHEMINEMENT VERS UNE LOI UNIQUE ET DEBUT DE LA DIVERGENCE DES SYSTEMES

33. — Il y avait toujours eu plus ou moins des *exceptions à la « réalité » des successions*. M. FREYRIA a montré que dès la fin du XIV^e siècle la loi du domicile était appliquée aux immeubles comme aux meubles dans les Flandres (1). Des romanistes, depuis ALBÉRIC DE ROSATE et CUJAS, jusqu'au jurisconsulte italien MERENDUS au XVII^e siècle, s'étaient montrés favorables à une loi unique. Ces divergences n'ôtaient rien à la solidité du principe de la « réalité ». Mais, de plus en plus, la *liberté testamentaire se heurtait, pour les immeubles, à la loi de la situation*. Car, selon d'ARGENTRÉ, « rien, quant aux immeubles, ne peut se décider en vertu des volontés privées, ni pareillement se juger contre la loi du lieu où ils sont situés » (2). On ressentait les inconvénients du « morcellement » avec la dégradation du régime féodal primitif. LAINÉ est allé jusqu'à écrire : « La territorialité des lois successorales étant fondée sur des considérations superficielles et vagues, les convictions de nos anciens auteurs étaient beaucoup moins fermes que leur langage. » En France, le domaine de la loi réelle, même en matière immobilière, va se restreindre au XVIII^e siècle. *L'exemple voisin du régime matrimonial fortifie cette tendance*. Le Code civil garde un silence prudent. Mais la jurisprudence postérieure maintient et renforce la loi de la situation. Cette attitude est due surtout à une certaine conception de la loi étrangère et des droits de l'étranger. L'Allemagne, de son côté, hésite, jusqu'au jour où l'influence de SAVIGNY détruit le principe de la loi réelle et fait triompher le rattachement à une loi unique, celle du domicile. L'évolution de l'interprétation du Code prussien est à cet égard, significative. Les deux systèmes français et allemand, « éclatent » alors de manière apparemment définitive.

(1) V. FREYRIA, *op. cit.*, pp. 63-65.

(2) *Op. cit.*, traduct. LAINÉ, t. I, p. 315.

Nous sommes ainsi conduit à une division en trois paragraphes :

§ 1. — Affaiblissement de la loi réelle en France au XVIII^e siècle.

§ 2. — Du code prussien au Code civil : leur interprétation.

§ 3. — Doctrine de SAVIGNY et triomphe de la loi unique en Allemagne.

§ 1. — *Affaiblissement de la loi réelle en France au XVIII^e siècle*

34. — Le XVII^e siècle avait vu s'instaurer une sorte d'équilibre. Les immeubles obéissaient à la loi de la situation tant pour la dévolution que pour le partage. Les meubles étaient soumis à la loi du domicile, celle de l'état de la personne. Or, d'un siècle à l'autre, les positions changent. On peut lire dans l'ouvrage de BOUHIER, paru en 1742, « *Observations sur la coutume du Duché de Bourgogne* » : « La succession est un droit universel et incorporel. Sa nature est de s'étendre sur tous les biens en quelque part qu'ils soient situés... *la réalité des coutumes est peu considérable* ; car cette règle n'est point générale et elle a une infinité d'exceptions » (3). A en croire cet auteur, ce n'est plus le domicile qui est fictif, mais la loi réelle.

35. — Il y a en effet *une transformation*, aux causes multiples. Les meubles prennent une importance de plus en plus grande. L'exception devient le principe. Il s'instaure un très net déséquilibre entre les deux masses. Certaines coutumes, comme celle de Bordeaux, usent d'expédients pour le rétablir. Elles assimilent aux immeubles les meubles les plus importants, comme les fonds de marchandises (4). Ceci ne suffit pas à résoudre les difficultés nées de l'existence de masses différentes.

Le caractère fictif du domicile apparaissait de manière éclatante dans l'exercice du droit d'aubaine. Tous les biens étaient confisqués, meubles ou immeubles. Mais précisément, à la fin de l'ancien droit, *l'exemption de plus en plus répandue du droit d'aubaine entraîne normalement l'application de la loi du domicile, même étrangère, aux meubles*.

Enfin *le régime féodal n'est plus qu'une survivance*. Certes subsiste la distinction capitale en pays de coutumes des propres et des acquêts, avec l'institution d'une réserve des quatre quints sur les propres. L'argument mis le plus souvent en avant en faveur de la loi réelle est la conser-

(3) *Observations sur la coutume du Duché de Bourgogne*, 1742-1746, ch. XVIII, n° 95 s., n°s 194-195, comm. LAINÉ, *op. cit.*, pp. 304-307.

(4) Art. 56 de la Coutume de Bordeaux, citée par G.-R. DELAUME : *Les conflits de lois à la veille du Code civil*, Paris, 1947, p. 182.

(5) Opinion de d'AGUESSEAU, V. LAINÉ, *op. cit.*, p. 300.

vation des biens dans la famille (5). Or sous cette forme, elle n'intéresse qu'un petit nombre de règles spéciales des successions nobiliaires, comme les fideicommiss, les fiefs et les retraits lignagers.

Le maintien de la loi réelle entraîne en revanche de graves difficultés en cas de dispersion des biens dans des ressorts coutumiers différents. Puisque le domicile prend une importance de plus en plus grande, la doctrine et, avec elle, la jurisprudence, *étendent son domaine d'application*. Si la dévolution de l'immeuble obéit encore à la loi de la situation, les *incertitudes* commencent pour l'entrée en possession et l'option de l'héritier ; une véritable dérogation à la loi réelle existe pour le règlement du passif successoral.

36. — Il est admis définitivement depuis des arrêts du Parlement de Paris du 15 mars 1654 et 6 septembre 1670 que « les biens meubles en succession suivent le corps et principal domicile du défunt » (6) ; la dévolution de l'immeuble est, elle, régie par la loi de la situation. En cas de succession testamentaire, la forme du testament obéit à la loi du lieu de rédaction et non à celle de la situation du bien (7).

Mais les hésitations commencent dès l'addition d'hérédité et l'option à prendre pour l'héritier. Il est particulièrement choquant que par suite d'une application rigoureuse de la distinction des meubles et des immeubles l'héritier puisse accepter une masse et répudier l'autre. C'est pourtant la solution à laquelle aboutit logiquement BURGUNDUS (8). « Mais de son aveu même, écrit plus tard BOUHIER, Président du Parlement de Bourgogne, l'usage inviolable était contraire et je suis surpris qu'il ait voulu combattre un usage aussi raisonnable » (9). Le Président se prononce de manière extrêmement nette *en faveur de la seule loi du domicile du défunt* : « Là où se fait l'inventaire, où le testament doit être ouvert, où l'envoi en possession doit être demandé par l'héritier, où par conséquent il est réputé en prendre la qualité » (10). BOUHIER justifie cette solution en voyant dans l'acceptation de l'héritier au domicile du défunt, une « *espèce de contrat tacite* » passé avec les créanciers et les légataires du *de cujus*. L'héritier s'engage par une sorte de quasi-contrat à régler créanciers et légataires ; le quasi-contrat est soumis à la loi qui régit le lieu d'acceptation. L'explication en définitive ne peut être retenue, car il n'y a pas de catégorie définie de quasi-contrats en droit

(6) DELAUME, *op. cit.*, p. 178. BOULLENOIS : *Traité des statuts réels et personnels*, Paris, 1766, t. I, p. 358.

(7) V. DUMOULIN, *op. cit.*, pp. 25-26 et p. 128.

(8) *Ad consuetud. Flandriæ*, Tract. 2, n° 17, cité LAINÉ, 1, p. 312. Toutefois, selon MEIJERS (*Histoire des principes fondamentaux du D.I.P.*), BALDE aurait déjà écarté cette conséquence (*op. cit.*, p. 612).

(9) *Œuvres de jurisprudence de M. BOUHIER (recueillies et mises en ordre par M. JOLY DE FLEURY)*, Dijon, 1787, t. I, CCXI, p. 615.

(10) *Op. cit.*, CCX, p. 615.

français. Les obligations de l'héritier sont purement légales et peuvent aller même contre sa volonté dans le règlement du passif. L'idée d'une soumission de l'ensemble des opérations successorales à la loi du domicile n'en est pas moins intéressante (10 bis).

37¹. — C'est surtout à propos de la répartition du passif entre les masses que les controverses furent vives. Elles portèrent aussi bien sur la part dont chaque héritier est tenu, *l'obligation aux dettes*, que sur le règlement définitif du passif entre les cohéritiers, *la contribution*. En matière d'obligation aux dettes, certaines coutumes admettaient la solidarité, tandis que d'autres s'en tenaient à une simple division des dettes entre les cohéritiers en proportion du montant de leur part. Le « cas type » était celui du défunt en Artois (dont la coutume consacrait l'action solidaire des créanciers) et qui laissait des immeubles en Bourgogne, où on admettait au contraire la division des dettes. La question était agitée de savoir s'il fallait suivre la coutume d'Artois (et dans ce cas le créancier chirographaire pouvait exercer l'action solidaire sur les biens en Bourgogne), ou bien la coutume de Bourgogne. La jurisprudence était incertaine. En faveur de la première solution, BOUHIER cita des arrêts des Parlements de Malines et de Flandres ; de la seconde, un arrêt du Parlement de Paris du 28 mars 1696 (11). Mais BOUHIER ne cachait pas sa préférence pour la coutume d'Artois, et la discussion n'est pas, nous le verrons, dénuée de tout intérêt positif.

37². — Quelle que fut la solution apportée, restait le problème de la répartition finale des dettes entre cohéritiers, déjà soulevé par BASNAGE sous le commentaire de l'article 408 de la coutume de Normandie (12). Dans les pays de droit écrit et dans un petit nombre de « pays de coutume » (ainsi la Coutume de Paris, en son article 334) les dettes grevaient indistinctement tous les biens. Au contraire, l'article 408 de la Coutume de Normandie chargeait principalement les meubles et acquêts et accessoirement les propres. Un *de cujus* domicilié dans le ressort de la Coutume de Paris, laissa à plusieurs héritiers des biens meublés et immeubles acquêts à Paris, et des immeubles propres en Normandie. L'héritier des acquêts qui avait payé l'intégralité des dettes prétendit exercer un recours contre l'héritier normand aux propres. Pareil recours était interdit par la loi de la situation, du moment que les acquêts suffisaient à l'extinction des dettes. On invoqua en faveur du domicile le

(10 bis) V. RABEL : *Conflict of laws*, op. cit., p. 268.

(11) BOUHIER : *Œuvres de jurisprudence*, op. cit., p. 616.

(12) Sur ce problème, v. BOUHIER, op. cit., p. 798. Albéric ROLIN : *Principes du droit international privé et application aux diverses matières du Code civil (Code Napoléon)*, Paris, 1897, t. II, p. 322 (n° 762). P. POULLET : *Manuel de droit international privé belge*, Bruxelles, 1947, pp. 546-547.

caractère incorporel des créances, et la règle : « Non sunt bona, nisi deducto... ». Une série d'arrêts du Parlement de Paris, de 1570, 1618, 1673, admirent le recours et firent régulièrement application de la loi du domicile du défunt.

38. — On voit donc qu'à la fin de l'ancien droit le domaine de la loi réelle est plus limité qu'on ne l'a écrit. La loi de la situation n'est admise sans discussion que pour la dévolution des immeubles. S'il est exagéré de parler comme ROLIN de « mensonge », on ne peut admettre sans réserves la phrase de LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, suivant laquelle « les successions immobilières furent considérées jusqu'à la Révolution comme le cas type du statut réel » (13). LAINÉ a déclaré que la réalité des coutumes n'était plus qu'« un arbre aux racines desséchées », destiné « à être emporté par le souffle révolutionnaire ». De fait, l'abolition de l'ancien ordre foncier allait faire perdre une grande partie de sa raison d'être à la loi réelle. L'évolution de la règle de conflit allemande fut la preuve du caractère non inéluctable de la scission.

§ 2. — Du Code prussien au Code civil : leur interprétation.

39. — Jusqu'en 1900, l'Allemagne reste divisée juridiquement comme politiquement. Si le droit romain constitue partout la « *ratio scripta* », il n'est appliqué à titre principal que dans certaines régions du Nord et du Centre de l'Allemagne. Ailleurs émergent quelques codifications parmi lesquelles le Code prussien, qui acquiert vite une grande importance. Son exemple est particulièrement significatif pour l'évolution du droit international privé.

L'A.L.R. prussien de 1794 ne traite que de manière éparse la matière des successions. La succession testamentaire n'a pas encore pris le pas sur la succession ab intestat et l'existence d'une réserve légale en nature limite la volonté du défunt. La nécessité d'une loi unique en matière de conflits, destinés à assurer le respect de la volonté du *de cujus*, n'apparaît donc pas encore.

La loi d'introduction (§ 1-108) contient plusieurs dispositions de règlement de conflits. Elles sont assez ambiguës, mais présentent l'originalité d'être des règles de fond, modelées sur des règles de compétence judiciaire (14). Un principe est certain : le statut personnel est soumis à la loi du domicile, sans que, comme nous l'avons montré, une différence soit établie *a priori* entre le domicile du national et celui de l'étranger.

(13) V. LEREBOURS-PIGEONNIÈRE : *Droit international privé*, 7^e édit., par M. Y. LOUS-SOARN, p. 392, n° 342.

(14) Cf. « *Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten* » hergeg. mit Kommentar in Anmerkungen von Dr. Koch, Berlin, 1856, t. I, note 30, p. 47, note 34, p. 50.

Le § 23 précise à ce sujet que les « qualités et les pouvoirs à caractère personnel d'un homme » (*persönlichen Eigenschaften und Befugnisse eines Menschen*) sont déterminées par les lois de la juridiction dans laquelle il a son domicile véritable ». Cette formule permet d'englober dans le statut personnel la capacité testamentaire et même le contenu du testament. Deux articles prévoient la loi applicable aux meubles et aux immeubles. Selon le § 28, les biens mobiliers (*bewegliche Vermögen*) « sont soumis à la loi de la juridiction dans laquelle ils se trouvent sans considération de la résidence présente ». Et d'après le § 32, pour les immeubles, valent « les lois de la juridiction dans laquelle ils se trouvent sans considérer la personne du propriétaire ». *L'interprétation de ces dispositions pouvait être très différente, selon qu'on les appliquait aux biens meubles ou immeubles « ut singuli », ou qu'on les étendait aux successions, englobées ainsi dans le statut réel.*

40. — *Entre l'A.L.R. et le Code civil*, il y a, comme l'a montré le baron NOLDE, *une parenté certaine* (15). Le Ministère de la Justice fit traduire en 1801 le Code prussien. Un livre préliminaire : « Du droit et des lois » devait suivre à peu près le même schéma que l'A.L.R. : état et capacité (§ 23), immeubles (§ 32), forme des actes (§ 33), etc... Mais *l'esprit* dans lequel fut entreprise la codification en France était *totale-ment différent*. La Révolution a apporté l'unification du droit français ; il n'a pas tardé à s'affirmer contre les autres droits étrangers. Le statut personnel n'est plus le domicile des statutaires, mais la loi nationale. L'appartenance à un Etat n'a plus en principe de rapport avec le domicile (16). Or cette loi nationale doit prévaloir dans tous les cas. Il ne s'agit pas de poser des règles de conflits, mais, comme l'a écrit M. Jacques DONNEDIEU DE VABRES (17), de « *proclamer la souveraineté* » du législateur français. Un projet de la Commission du Gouvernement du 24 Thermidor an VIII, à l'origine de l'article 3 du Code civil, est à cet égard extrêmement significatif. Il *ne réserve aucune place à une éventuelle application de la loi étrangère*. L'article 4 énonce : « La loi oblige indistinctement ceux qui habitent le territoire ; l'étranger y est soumis pour les biens qu'il y possède et pour sa personne pendant sa résidence. » Il est complété par un article 5 : « Le Français résidant en pays étranger continue d'être soumis aux lois françaises pour les biens situés en France, et pour tout ce qui touche à son état, et à la capacité de sa personne. » On mesure l'éloignement à partir des solutions de BOUHIER et des règles générales du Code prussien. Il n'y a qu'une

(15) B. NOLDE, *op. cit.*, pp. 13-14.

(16) V. SCHATZEL : *Das deutsche Staats-Angehörigkeitsrecht*, 2^e édit, Berlin, 1958, Introd., p. 2.

(17) V. Jacques DONNEDIEU DE VABRES : *L'évolution de la jurisprudence française en matière de conflits des lois depuis le début du xx^e siècle*. Thèse, Paris, Sirey, 1937, p. 26.

affirmation unilatérale de l'application de la loi française. Tout autant que cette position, l'incertitude qui régnait sur la véritable teneur du droit positif, empêcha de poser d'autres règles que celles, très vagues, de l'article 3 (18).

41. — Dans ces conditions, on peut estimer qu'il y avait *un recul* par rapport aux solutions du XVIII^e siècle. Les inspirateurs de la jurisprudence ne sont pas BOUHIER, mais MERLIN et POTHIER, qui restent dans la tradition de d'ARGENTRÉ. En matière successorale, la loi réelle est le principe ; les meubles n'ont pas de situation, mais ne sont qu'une exception. A cette époque, d'ailleurs, les successions sont surtout immobilières. La jurisprudence, comme M. FREYRIA l'a montré, cherche tout au début à appliquer uniformément la loi réelle aux meubles comme aux immeubles. C'est ce qui ressort d'un arrêt CHAMPEAUX-GRAMMONT de 1808 sur l'application du traité franco-russe de 1787 (19). Les arrêts reviennent vite à une distinction des immeubles et des meubles. Mais il ne faut pas s'y tromper. Si on applique la loi étrangère, loi du domicile étranger à la succession mobilière d'un étranger, qui laisse par ailleurs des immeubles en France, *ce n'est qu'en vertu de la « courtoisie internationale », selon l'idée empruntée aux Hollandais.* DEMOLOMBE, dans son « *Cours de Code Napoléon* », paru en 1865, déclare qu'« en principe les lois étrangères ne peuvent avoir d'autorité en France (20). Il rappelle la « fiction logique et équitable » qui soumet les meubles à la loi du domicile étranger. Mais il s'interroge sur la généralisation de cette solution et reconnaît qu'elle ne repose que sur « une convenance réciproque entre les Nations ». Et il ajoute : « Je m'expliquerais que dans ce dernier cas on appliquât chez nous la loi française, si un intérêt français se trouvait engagé. Car après tout, il n'y a aucun texte qui puisse être violé. » L'idée est appelée à un grand succès durant tout le XIX^e siècle : l'application de loi française est *un bénéfice*. Peu importe que l'étranger qui est venu s'établir en France ait, ou non, un domicile conforme aux articles 102 et 103 du Code civil, c'est-à-dire son principal établissement. Le domicile reste une fiction. Si l'étranger remplit un certain nombre de conditions d'admission à domicile, la loi française joue. Sinon, le sort de la succession mobilière est abandonné à la loi étrangère. La distinction « des statutaires » subsiste donc et se charge d'un sens nouveau.

42. — Les conséquences sont à l'opposé de celles que la jurisprudence consacrait d'avant la Révolution. *La loi réelle exerce son « attrac-*

(18) Peut-être est-ce là un phénomène commun à tout ordre juridique nouveau, si on songe à l'exemple soviétique. Dans le sens d'une rupture avec la tradition, v. thèse JOUSSELIN, 1899, p. 10.

(19) S. 1808.2.83, comm. FREYRIA, *op. cit.*, pp. 154-155.

(20) DEMOLOMBE : *Cours de Code Napoléon*, t. I, Paris, 1865, pp. 110-111.

tion ». Elle s'applique à des questions à propos desquelles aurait eu antérieurement tendance à prévaloir la loi du domicile. Ainsi s'accroissent les effets fâcheux de la scission. La Cour de Cassation, dès 1837, dans un arrêt *Stewart c/ Marteau* énonce « que sa disposition (celle de l'article 3) embrasse dans sa généralité tous les droits de propriété et autres droits réels qui sont réclamés sur ces immeubles » (21). Il s'agissait en l'espèce du rapport à fin de réduction d'une donation d'un immeuble français ; la succession mobilière du défunt anglais mort à la Jamaïque était régie par la loi anglaise. Les défendeurs soutenaient que la question de savoir si la donation avait excédé la quotité disponible ne pouvait être examinée que par le tribunal du lieu d'ouverture de la succession, « seul compétent pour reconnaître l'état général et la consistance de cette succession ». Le Tribunal civil de Tours, puis la Cour d'appel d'Orléans, leur donnèrent gain de cause. Mais la Cour de Cassation énonça que la demande devait être appréciée selon la seule loi française, « sans influence des lois étrangères ». L'article 822 qui donne compétence au tribunal du lieu d'ouverture de la succession pour toutes les contestations qui s'élèvent au moment du partage, ne jouait que pour les successions françaises. C'est *uniquement sur la part immobilière en France que devait être appréciée une éventuelle réduction*. C'est une affirmation très nette de la distinction des immeubles et des meubles, comme du lien de la compétence législative et judiciaire. Elle est malheureusement *contredite* dans les cas où s'exerce le « prélèvement », comme en matière fiscale. Peu importe alors la loi qui régit la succession mobilière. La fiction que constitue l'application de la loi du domicile disparaît.

43¹. — Le *prélèvement* abolit en effet toute distinction, pour les biens situés en France, *entre les meubles et les immeubles*. On sait que si la Révolution avait supprimé définitivement le droit d'aubaine, le Code civil soumettait à réciprocité le droit de recevoir et de disposer. La loi du 14 juillet 1819 abolit cette exigence dans son article 1^{er}. Mais l'article 2 prévoyait que « dans le cas de partage d'une même succession entre des cohéritiers étrangers et Français, ceux-ci prélèveront sur les biens situés en France une portion égale à la valeur des biens situés en pays étranger dont ils seraient exclus, à quelque titre que ce soit, en vertu des lois, et coutumes locales ».

Le prélèvement aurait pu rester dans le domaine de la jouissance des droits, ne profiter aux Français que s'ils étaient exclus comme tels par la loi étrangère (22). Une telle interprétation, il est vrai, se heurtait

(21) Cass. Ch. civ., 14 mars 1837, S.1837.1, p. 195.

(22) V. J. DONNEDIEU DE VABRES, *op. cit.*, p. 159 ; *contra* FREYRIA, *op. cit.*, pp. 171-172.

aux termes du texte « exclus à quelque titre que ce soit » : la loi empiétait déjà sur la règle de conflit et admettait le droit du Français, défavorisé par la loi étrangère, à percevoir une part supplémentaire sur les biens situés en France. La jurisprudence, après quelques hésitations, le comprit ainsi : *le Français, en concours avec l'étranger, ne peut recevoir moins que ce que lui accorderait la loi française*. Dans son arrêt *Chauten* du 27 août 1850 (23), la Cour de Cassation admit que le sieur Chauten pouvait prélever en France les biens dépendant de la succession mobilière d'un Sarde, décédé en Savoie (alors terre étrangère). La loi sarde ne lui conférait en qualité d'héritier réservataire que la moitié des biens du défunt, tandis qu'il aurait eu droit aux trois quarts selon la loi française. Il y avait donc pour lui moyen de compenser les libéralités faites par le *de cuius* à ses frères et sœurs. La solution fut étendue au-delà des textes, non seulement au cas de concours entre cohéritiers français et étrangers, mais même entre cohéritiers français à propos d'une succession ouverte à l'étranger (24).

43². — Les arrêts restent fidèles de même au principe suivant lequel l'application de la loi française doit être sauvegardée chaque fois qu'un intérêt français est en jeu. Dans le cas assez rare du Français domicilié à l'étranger, la jurisprudence n'admet pas, sans une certaine répugnance, l'application de la loi étrangère (25) et utilise l'argument de l'article 17 (perte de la nationalité par établissement à l'étranger sans esprit de retour) pour soutenir jusqu'en 1868 que le Français a gardé son domicile en France. Dans la situation inverse de l'étranger domicilié en France, la loi française devrait jouer. S'il meurt domicilié à l'étranger et laissant des immeubles en France, on admet par « fiction » l'application de la loi étrangère aux meubles. Le prélèvement, comme jadis le droit d'aubaine, perturbe le système. On ne tient plus compte de la loi étrangère du domicile, ni de la distinction des meubles et des immeubles. C'est ce qui ressort nettement des motifs de l'arrêt *Chauten* : « La loi, lorsqu'elle a parlé des biens situés en France, s'est attachée, quant aux meubles comme quant aux immeubles, à leur situation réelle et de fait il n'y a pas lieu en cette matière à appliquer la fiction de droit, en vertu de laquelle les meubles sont réputés suivre la personne de leur propriétaire et avoir leur assiette au lieu d'ouverture de la succession... »

Le fisc, lui non plus, ne fait pas de distinction : une déclaration de la Régie du 24 janvier 1834 soumet au droit de mutation par décès les objets mobiliers laissés en France par l'étranger décédé (26). La loi du

(23) S.1850.647.

(24) Arrêt JEANNIN, Cass. Civ., 27 avril 1868, D.P. 1868.I.302. Cour Paris, 14 janvier 1873, D. 1874.2, p. 235 (*Decaen*).

(25) V. FREYRIA, *op. cit.*, p. 160.

(26) S., 1834.2.206.

18 mai 1850, il est vrai, n'autorise la perception de droits sur les fonds publics et les actions des compagnies étrangères qu'autant que la loi française est applicable. Mais un double échec de l'Enregistrement en 1869 devant la Cour de Cassation (27) amène le vote de la loi du 23 août 1871 : l'article 4 précise que *les biens mobiliers sont imposables en France au même titre que les immeubles, quelle que soit la loi applicable* (28).

On voit donc que la même idée (faveur pour la « réalité ») si elle coïncide avec l'application de la loi française conduit à des *résultats contradictoires* : *on maintient une séparation rigoureuse entre les masses, mais on prend parfois en considération l'ensemble de la succession.*

44. — L'interprétation donnée au Code prussien devant tendre au contraire à *s'écarter de plus en plus de la primauté donnée au statut réel*, et même de la distinction des immeubles et des meubles, en faveur de la *seule loi du domicile*. Le Code civil, appliqué sur une partie des territoires allemands, avait connu un grand retentissement. Mais, en matière de règles de conflits, il allait surtout introduire le doute sur la valeur de principe de la loi réelle, considérée comme une survivance féodale. Il n'y avait plus aucune distinction en matière successorale entre propres et acquêts.

Certes, des codifications consacrent toujours la distinction des meubles et des immeubles, comme l'A.B.G.B. autrichien de 1811. Si ZACHARIAE DE LINGENTAL (1769-1843) contribue à dégager l'idée d'un patrimoine lié à la personne, *il distingue toujours le patrimoine immobilier*, comprenant l'ensemble des immeubles, *du patrimoine mobilier* qui regroupe tous les meubles (29). Mais le développement constant de la succession testamentaire fait sentir les avantages d'une loi unique. SCHAEFFNER, dans son ouvrage paru à Francfort en 1841 : *Entwicklung des internationalen Privatrechts* » entreprend une vigoureuse critique du système des statutaires. Il montre le lien entre le droit interne et les règles de conflit. Les solutions seront différentes selon qu'on admet, ou non, dans un Etat le principe romain de la succession universelle (30). La loi réelle offre l'inconvénient de conduire à un morcellement de la succession et d'être *contraire aux affections du défunt*. L'auteur cite l'exemple du bourgeois de Stuttgart, mort *intestat*, en laissant des immeubles à Baden et en Bavière. Sur les immeubles de Baden, ses sœurs et ses demi-sœurs ont des droits égaux ; ses sœurs seules héritent des immeubles de Bavière. Les sentiments du défunt sont évidemment sans rapport avec la dévolu-

(27) « *Mélizet* », D., 1869.1.295.

(28) V. FREYRIA, *op. cit.*, p. 156.

(29) V. cit. dans AUBRY et RAU, 5^e édit. par BARTIN, t. IX, 1917, p. 337, § 574.

(30) SCHAEFFNER : *Entwicklung des internationalen Privatrechts*, Frankfurt-am-Main, 1841, p. 165.

tion (31). Toutefois, il ne se dégage de toutes ces critiques aucune solution nette. SCHAEFFNER lui-même reconnaît également un peu plus loin qu'une loi unique doit être admise à la fois par le domicile du défunt et la *lex rei sitae* (32). Il prépare toutefois la voie à SAVIGNY et contribue à orienter la jurisprudence.

45. — Les arrêts, si on prend l'exemple de la jurisprudence prussienne, s'écartent de la distinction des meubles et des immeubles. Une décision du 6 avril 1839 applique le § 32 de l'A.L.R. à la matière des successions (33) et maintient la distinction entre les biens.

Mais *des arrêts* postérieurs du 17 mai 1839 et du 4 janvier 1841 du Tribunal suprême de Prusse *éliminent implicitement l'application de la lex rei sitae aux successions*. Ils font valoir que par « immeubles » le législateur n'a pu viser que les biens pris isolément. L'article 32 ne se rapporte qu'aux modes d'acquisition propres aux immeubles, comme par exemple au délai nécessaire pour acquérir par prescription (34).

Toutes ces tendances vont être exploitées et systématisées par SAVIGNY. Plus que tout autre *il contribue en Allemagne au succès du rattachement unitaire, en ruinant le dogme de la réalité*. Ses solutions sont d'une importance considérable, même si elles n'ont pas été suivies à la lettre par le B.G.B. Elles anticipent sur le développement du système français.

§ 3. — *Doctrine de Savigny et triomphe de la loi unique en Allemagne.*

46. — Le tome VIII du « *Traité de droit romain* » paraît à son heure. En 1849, à peu près partout en Allemagne, le droit romain est la « *ratio scripta* », qu'il soit appliqué à titre principal, ou seulement subsidiaire ; c'est également l'époque où des tendances à l'unité politique se font jour en Allemagne ; *le moment est donc favorable à l'élaboration d'un système de conflits de portée très générale*.

Le point de départ du célèbre raisonnement de SAVIGNY en matière successorale est à l'opposé de la méthode jusqu'alors suivie depuis DUMOULIN et d'ARCENTRÉ. *La personne* est au centre de toute relation juridique, non la chose (35). La succession est dans cette perspective, selon sa définition fameuse « l'extension de la puissance et de la

(31) SCHAEFFNER, *op. cit.*, p. 170.

(32) SCHAEFFNER, *op. cit.*, p. 174.

(33) *Ober Trib. Preussen*, 6 avril 1839, cit. KOCH, *op. cit.*, pp. 53-54 (application d'un acte de Westphalie excluant les filles de la succession aux biens nobles en Westphalie).

(34) *Ober Trib. Preussen*, 4 janvier 1841, cit. KOCH, *op. cit.*, p. 54. V. M. WOLFF, *op. cit.*, p. 19, note 23-O.L.G. Cassel, 28 octobre 1840. Seuf., t. I, p. 98, n° 92.

(35) SAVIGNY : *System des heutigen Römischen Rechts*, t. VIII, 1849, nouvel. édit. Darmstadt, 1956 (trad. franç. Guénoux, 1851), édit. allem., § 361, p. 118.

volonté de l'homme au-delà des termes de la vie » (36). SAVIGNY rappelle, comme l'avait fait WOLFF, que les lois sur la succession visent la personne à titre essentiel (principalement) et les biens seulement de manière accessoire. Il est vain par conséquent d'admettre qu'en principe un immeuble ou un meuble sont localisables ; cette méthode, valable en matière de droits réels, ne peut jouer pour les successions, car le défunt laisse non seulement des biens, mais aussi des créances et des dettes, dépourvues par elles-mêmes de situation. Le patrimoine, reflet de la personne du défunt, est un « *ideales Object von unbestimmten Inhalt* » (Objet idéal à contenu indéterminé) (37). La distinction de Zachariae entre patrimoine immobilier et patrimoine mobilier est écartée. SAVIGNY semble bien être le premier à avoir développé la notion unitaire de patrimoine reprise en droit civil par AUBRY et RAU (38), qui sera utilisée à des fins propres par le droit international privé.

47. — La loi de la situation est donc tout à fait inadéquate. On ne peut même pas se rallier à un système qui admet une concentration fictive des meubles au domicile du défunt. Cette transaction risque d'amener des résultats incohérents, car (SAVIGNY pense ici au droit romain) la succession *ab intestat* repose sur la volonté présumée du défunt. L'application de règles différentes aux meubles et aux immeubles risque d'aboutir à une dévolution contraire à la volonté du défunt (39). Surtout le morcellement entraîne des difficultés pratiques très grandes pour le partage et le règlement des dettes. SAVIGNY prend l'exemple suivant (40) : un habitant de Berlin meurt *intestat*. Il laisse une veuve et plusieurs parents. Ses biens se composent d'un domaine rural près de Berlin, d'un domaine rural en Silésie, d'une maison à Ehrenbreitsein, d'une maison à Coblenz. Il y a donc quatre masses différentes à liquider auxquelles on applique quatre règles juridiques : la « *Joachimica* » de 1527 avec la prétention de la veuve à la moitié des biens du conjoint pour Berlin ; le Code prussien en Silésie ; le Code civil français, à Coblenz ; le droit romain, à Ehrenbreitsein. Les créanciers ne pourront être satisfaits de manière équitable qu'en appréciant la valeur de chaque bien par rapport à l'ensemble successoral, opération longue et délicate.

Une loi unique s'impose par conséquent, et cette loi ne peut être

(36) *Erstreckung des Willens und der Macht eines Menschen über die Grenze des Lebens*, p. 295.

(37) *Op. cit.*, p. 296.

(38) Comp. AUBRY et RAU, édit. BARTIN, *op. cit.*, pp. 336-337 : « Le patrimoine d'une personne n'est pas, en raison de sa nature, incorporelle, divisible en parties matérielles... Il répugne à la raison que le patrimoine, dont les éléments sont purement intellectuels, puisse recevoir une division qui ne reposerait que sur les qualités naturelles des objets qui s'y trouvent compris. »

(39) § 376, p. 304.

(40) § 378, pp. 315-316.

que la loi du domicile. Aucun autre rattachement n'est possible (41). Ceci, aussi bien pour la succession *ab intestat* et les contrats successoraux que pour la succession testamentaire (42). Ce n'est pas, contrairement à ce qu'on a soutenu, que SAVIGNY méconnaisse une application possible de la loi nationale (nous aurons à revenir sur ce point). Mais tout son système est fondé sur la *négarion des problèmes de souveraineté*, et seul le domicile du défunt paraît s'y prêter. L'argument capital à ses yeux est le *lien nécessaire entre la compétence législative et judiciaire*. Là où le défunt a eu son domicile, c'est-à-dire, comme selon l'article 102 du Code civil, « le centre de sa vie civile et de ses affaires » (43), là on sera amené à plaider et là s'exerceront les poursuites des créanciers (44). Et le dernier domicile du défunt offre le grand avantage d'avoir été un choix volontaire (45). Ce rattachement est, aux yeux de SAVIGNY, géographiquement valable aussi bien pour les pays soumis au « droit romain commun » que pour ceux qui étaient régis par le Code prussien. Il est général, englobe aussi bien le partage que la dévolution.

48. — La loi de la situation ne disparaît pas à vrai dire entièrement. Mais SAVIGNY veut en limiter étroitement le domaine d'application. Le statut réel s'applique à des *matières de caractère plus « politique » que proprement successoral*. Il faut entendre par là la législation qui règle le sort de biens comme les fiefs et les fidéicommiss des successions nobles. On peut encore y ajouter les règles relatives aux exploitations rurales qui s'efforcent de maintenir un seul héritier à la tête du domaine (46). Ce n'est pas, dans l'esprit de SAVIGNY, une véritable dérogation au principe d'une loi unique. Pareilles exceptions ressortissent plus à ce qu'on appellerait, au sens mancinien du terme, le « domaine de l'ordre public ». SAVIGNY a compris l'*irréductibilité de la loi de la situation* en ces matières. Il ne faut pas oublier, par exemple, que dès le moyen âge, la transmission des biens ruraux en Allemagne obéissait à des règles spéciales.

49. — Telle quelle, la doctrine de SAVIGNY forme un ensemble logique ; elle rejette par des arguments décisifs l'assimilation du statut des successions au statut réel. L'illustre romaniste a eu en particulier le

(41) Cf. SAVIGNY, p. 296.

(42) § 377, pp. 309-310.

(43) *Als Wohnsitz eines Menschen ist der Ort zu betrachten... welchen... zum Mittelpunkt seines bürgerlichen Lebens und seiner Geschäfte frei gewählt hat*, p. 58. (Il faut considérer comme le domicile d'un homme celui qu'il a librement choisi comme centre de sa vie privée et de ses intérêts).

(44) § 360, p. 309.

(45) V. R. CASSIN : *La nouvelle conception du domicile dans les règlements des conflits de lois*, Cours La Haye, Paris, 1931, p. 57.

(46) *Op. cit.*, SAVIGNY, pp. 305-306.

mérite d'insister sur l'importance croissante dans le patrimoine du défunt des obligations qui se prêtent malaisément à une localisation (47).

SAVIGNY n'hésite pas non plus à examiner le domaine d'application de la loi du dernier domicile du défunt, que ce soit pour assimiler le contrat successoral à la succession *ab intestat* ou testamentaire, ou pour soumettre à la loi du domicile le droit du fisc sur les successions vacantes (48). On comprend mal dans ces conditions les critiques formulées par le Doyen LOUIS-LUCAS, qui dénonce les « règles plus sentimentales que juridiques » de SAVIGNY (49). L'influence de SAVIGNY en droit positif a été indéniable, et nul, jusqu'à aujourd'hui, n'a pu apporter une réponse satisfaisante aux critiques qu'il a formulées contre le morcellement successoral.

On pourrait sans doute lui reprocher d'avoir admis comme postulat que la succession *ab intestat* ne fait que traduire la volonté présumée du défunt et de ne pas avoir suffisamment mesuré la difficulté d'appliquer la loi du domicile à des biens hors du ressort de cette loi. Sans doute SAVIGNY a raisonné à partir du droit alors en vigueur en Allemagne, mais son système a une portée plus générale. La dualité de masses successorales soulève des difficultés, aussi bien dans la succession *ab intestat* que testamentaire. Malgré cela, SAVIGNY ne demande pas une suppression complète de la *lex rei sitae*, mais seulement la réduction de son domaine d'application.

50. — Très vite la doctrine de SAVIGNY connaît un grand succès et s'étend à l'ensemble de l'Allemagne, à l'exception du Grand Duché de Bade qui fait application, à l'image de la France, de la loi nationale aux meubles, de la *lex rei sitae* aux immeubles. La jurisprudence admet le rattachement à une loi unique. Dès 1861, l'O.L.G. de Lübeck énonce qu'« il y a une proposition universellement admise selon laquelle la succession doit s'apprécier d'après les lois du lieu où le testateur avait son dernier domicile... l'application de ces lois n'a pas trait seulement à la succession *ab intestat*, mais aussi testamentaire » (50). L'O.L.G. d'Oldenburg déclare pareillement qu'on ne saurait prendre en considération la situation de l'immeuble, sauf pour des catégories particulières

(47) *Op. cit.*, § 375, p. 298.

(48) *Op. cit.*, § 377, p. 311.

(49) Jurisclasseur de droit international sous la direction de M. GOLDMAN, 1960, t. III, Fasc. C : *Formation historique et principes du système français de solution des conflits de lois*.

(50) Krebs c/ Rosalino, O.L.G., Lübeck, 21 mars 1861. Seuf. A., tome XIV, p. 164. *In der gemeinrechtlichen Doktrin ist es gegenwärtig ein allgemein anerkanntes Satz das die Erbfolge nach den gesetzen des Ortes zu beurteilen sei, wo der Erblasser sein letztes Domizil hatte... und dass die Anwendbarkeit sich nicht bloss auf die Intestaterfolge beziehe sondern auch die testamentarische.*

de biens, les mêmes que celles qui sont énumérées par SAVIGNY (51). La *jurisprudence* est désormais *constante jusqu'au B.G.B.* Elle est définitivement fixée par un arrêt du *Reichsgericht* du 7 juillet 1883, précisant sur pourvoi de l'O.L.G. de Hambourg que la révocation d'un testament est soumise à la loi du dernier domicile du défunt, par opposition, comme nous le verrons, à la loi nationale (52). La solution est étendue un peu plus tard aux contrats successoraux (53), en 1893.

51. — La rupture avec le système français est ainsi définitive. Tandis qu'en France la distinction des immeubles et des meubles n'est plus remise en cause, *on considère en Allemagne que seule une règle de conflit unique répond à l'unité successorale de droit interne* (54). Il y a, certes, pour expliquer cette différence, des divergences de droit interne. Le droit français *est loin de reconnaître à la succession testamentaire l'importance que lui attache le droit allemand*, même après le B.G.B. (55). Mais surtout, le domicile, dans le système allemand, exerce une « attraction » inconnue en France ; la jurisprudence française n'a pas persévéré au XIX^e siècle dans la recherche d'une soumission de l'ensemble des questions successorales à la loi du domicile, à l'inverse de ce qui a été admis en matière matrimoniale. Elle a longtemps considéré le domicile comme une fiction, une exception à la loi réelle. Sa reconnaissance était subordonnée à des considérations étrangères aux problèmes proprement successoraux. Dès lors la question était posée de savoir si la fiction survivrait. A défaut de la loi de la situation, il était possible d'admettre que la loi applicable aux meubles fut la loi nationale déjà proclamée dans l'article 3 pour l'état et la capacité d'une personne. Le succès doctrinal de l'œuvre de Mancini en faveur de la loi nationale dans la seconde moitié du XIX^e siècle, allait poser la question du statut personnel en droit français comme en droit allemand. Tandis que le système français appliquait pratiquement la loi nationale aux successions mobilières jusqu'en 1927, le système allemand restait fidèle jusqu'en 1900 à la loi du domicile défendue avec une si puissante argumentation par SAVIGNY.

(51) ...*Nur ausnahmsweise nach dem Rechte des Ortes wo die Grundstücke belegen sind.* O.L.G., Oldenburg, 21 mars 1870, rap. in Seuf. A., tome XXIII, 1870, n° 4. V. encore O.L.G., Darmstadt, 19 novembre 1883, *Pucheltz. Z.*, 15 p., 491 s., n° XIV (application de la loi du domicile à des immeubles situés en territoire rhénan).

(52) R.G., 7 juillet 1883. E., t. XIV (1886), p. 183.

(53) Sur pourvoi confirm. arrêt O.L.G., Kiel, R.G., 7 mars 1893. E., t. 31, p. 154 (n° 29).

(54) Cf. les *attendus* du R.G. 6° Z.S., 27 avril 1893 E., 31 191 *der prinzipielle Grund auf welchem die Annahme beruhe dass ein Personalstatut für die Fragen der Beerbung massgebend sei ergebe sich aus der Natur des Erbrechts und der Erwägung dass eine Erbschaft nur einheitlich geregelt werden könne, nach demjenigen Gesetze unter welchem die Beerbung zu Lebzeiten überhaupt gestunden habe.*

(55) V. J. MAURY et H. VIALLETON, *Traité pratique de Planiol*, G. RIPERT, *op. cit.*, n° 4.

CHAPITRE III

IMPORTANCE RESPECTIVE DU DOMICILE ET DE LA LOI NATIONALE DANS LES DEUX SYSTEMES AU XIX^e SIECLE

52. — Affirmer que la succession mobilière en France, l'ensemble de la succession en Allemagne, étaient soumis à un statut « personnel » nécessitait quelque précision, depuis que le Code civil prescrivait que « les lois concernant l'état et la capacité des personnes régissent les Français, même résidant en pays étranger ». La loi successorale pouvait être désormais aussi bien la loi nationale, applicable à l'état et à la capacité, que la loi du domicile.

La plupart des auteurs présentent en général le problème comme celui d'un choix entre la classification de Dumoulin et celle de d'Argentré. Si comme Dumoulin, on admettait que les immeubles étaient fictivement concentrés au domicile du défunt, la loi du domicile devait continuer de s'appliquer, à titre de loi « réelle ». Au contraire, la théorie de d'Argentré amenait à faire régir les successions par la même loi que l'état de la personne, c'est-à-dire la loi nationale.

53. — En fait, il aurait fallu que la règle de conflit fit une distinction très nette entre le domicile et la nationalité. Il est bien admis que l'ancien droit ne connaissait d'autre rattachement personnel que celui du domicile. Mais le domicile avait un caractère politique très marqué : quiconque s'établissait en un lieu était *subditus*, soumis au seigneur ou au monarque, qu'il fut *subditus perpetuus* ou *subditus temporalis* (1). On connaît les conséquences qui en résultaient. La manifestation de cette sujétion politique était le droit d'aubaine. Or tout le progrès réalisé par l'ancien droit avait consisté à dégager une notion de fait du domicile : c'est celle qui est définie par les articles 102 et 103 du Code civil, l'installation en un lieu avec l'intention d'y fixer son principal établisse-

(1) Sur ce point, v. SCHÄTZEL : *Deutsche Staatsangehörigkeitsrecht*, op. cit., pp. 2-3.

ment. L'abolition progressive du droit d'aubaine vida la notion de son contenu politique.

En France, ces efforts sont remis en cause après le Code civil : *la jurisprudence ne sait pas choisir entre le domicile, qui est un fait et la nationalité, de caractère plus abstrait*, définie comme l'appartenance juridique d'un individu à un Etat. Deux tendances d'apparence contradictoire s'opposent : selon l'une, l'« affirmation de souveraineté » de la loi française incite à réduire le plus possible l'application de la loi étrangère — à l'égard de la succession mobilière il s'entend. Les arrêts répugnent à faire jouer quant à la succession mobilière, la loi nationale qui conduirait à l'application normale de la loi étrangère pour tous les étrangers décédés en France, et à dissocier dans ce cas la règle de conflit de la règle de compétence judiciaire de l'article 59 du Code de procédure civile. Mais, en même temps, l'idée que le domicile n'est pas une constatation, mais une fiction regrettable, a survécu. Il est peu souhaitable de soumettre la succession mobilière de l'étranger en France à la loi française. Le lien profond entre ces deux idées apparemment contradictoires peut être trouvé dans l'attitude qui consiste à considérer l'application de la loi française comme un bienfait, même une faveur (2). De nouveau la question de jouissance des droits se mêle au jeu normal de la règle de conflit. Cette situation durera jusqu'en 1927, date de la suppression d'admission à domicile.

En Allemagne, au contraire, il n'y a pas de notion distincte du domicile dans le jeu de la règle de conflit. La jurisprudence reste fidèle, jusqu'en 1900, à la conception de SAVIGNY ; aussi le conflit avec la loi nationale est particulièrement instructif. On peut donc diviser ainsi le Chapitre :

SECTION I

HESITATIONS DE LA JURISPRUDENCE EN FRANCE AU XIX^e SIECLE

SECTION II

REFUS D'APPLICATION DE LA LOI NATIONALE EN ALLEMAGNE JUSQU'EN 1900

(2) C'était la même attitude que celle qui s'attachait à ne voir dans l'attribution de la nationalité française qu'un honneur et non une charge. V. H. BATIFFOL, *Traité*, n° 87. En ce sens : J. DONNADIEU DE VABRES, *op. cit.*, p. 643.

SECTION I

HESITATIONS DE LA JURISPRUDENCE EN FRANCE
AU XIX^e SIECLE

54. — Si la Révolution française affirmait avec netteté l'appartenance de l'ensemble des citoyens à un Etat, l'embryon d'une discussion sur les mérites de la nationalité apparaissait déjà chez les statutaires de l'école italienne. Dans le cas où le défunt avait changé de domicile au cours de son existence, la question avait été agitée de savoir si on devait appliquer la loi du premier domicile du défunt, ou celle de son dernier. LUDOVICUS ROMANUS déclarait déjà : « *Mutatio domicilii non eximit civem a jurisdictione civitatis originarie* » (3). Mais la discussion ne portait à vrai dire que sur l'appartenance à une cité, non à un Etat. Et on sait que la doctrine française s'en était tenue à la conception du dernier domicile du défunt.

Le problème se posait désormais, avec le Code civil, de savoir s'il fallait appliquer la loi nationale à la succession mobilière. Pareille solution, n'avait pas été admise par les Rédacteurs du Code. Une proposition de TRONCHET soumettant les meubles à la même loi que la personne avait été écartée (4). Pourtant, dans le cas du Français mort domicilié à l'étranger, la jurisprudence, dès le lendemain du Code, appliqua en fait la loi nationale. Toujours soucieuse de faire prévaloir la loi française, elle affirmait que l'établissement à l'étranger n'excluait pas l'esprit de retour en France. Elle s'appuyait de manière spécieuse, nous le savons, sur l'article 17 du Code civil. Tant qu'un Français n'avait pas perdu sa nationalité, un établissement à l'étranger, si prolongé qu'il fut, n'écartait pas l'application de la loi française (5). La jurisprudence finit par renoncer à appliquer la loi française devant des difficultés pratiques : le Français, fils de Français, né à l'étranger, aurait été censé avoir conservé l'esprit de retour. La fiction fut trop forte ; à partir de l'arrêt JEANIN (6), il fut fait application de la loi du domicile étranger, question de fait selon l'article 102 du Code civil. La méthode est néanmoins caractéristique. On a essayé de lier le problème du domicile à celui de la nationalité.

55. — Le procédé se retrouva dans le cas beaucoup plus fréquent de l'étranger mort domicilié en France. On connaît l'utilisation qui a été

(3) Cf. FREYRIA, *op. cit.*, pp. 54-55.

(4) Cf. ROLIN, *op. cit.*, p. 704, n° 463.

(5) V. Cass., 14 février 1832. S., 1833.1.70. FREYRIA, *op. cit.*, pp. 159-160.

(6) S., 1868.1.257 (succession mobilière à Bologne).

faite de l'article 13 : « L'étranger admis par le gouvernement à établir son domicile en France y jouira de tous les droits civils ». Dans l'esprit de la Constitution de l'an VIII, *l'admission à domicile était une faveur* dans la question de jouissance des droits, la dispense du candidat à la naturalisation des dix ans de stage. *Elle devint une condition sine qua non*, fort rare, de *l'application de la loi française*. Ce résultat fut obtenu grâce à une conception purement abstraite du domicile, spéciale aux rapports internationaux. De même que la nationalité est le rapport entre un individu et un Etat, le domicile est « *la relation juridique entre une personne et le lieu où cette personne est*, quant à l'exercice de ses droits, et quant à l'accomplissement de ses obligations, *toujours censée présente* quoiqu'elle ne s'y trouve pas à tel moment donné, ou que même elle n'y réside pas habituellement » (7). Le caractère purement fictif du domicile est souligné. Ce n'est qu'un lien abstrait, qui peut produire des effets plus ou moins variables selon les Etats (8). Ceci revient à dire que le domicile, distinct dans le Code civil de la nationalité, était condamné à graviter autour de cette dernière notion. Un arrêt de la Cour de Cassation (*Specht*) du 7 juillet 1874 (9), s'exprime là-dessus avec la plus grande netteté : *la nationalité fait présumer le domicile* sur le territoire national. Mais ce n'est qu'une « présomption simple » écartée dans deux cas : le premier, fort rare, est celui où l'étranger a obtenu l'autorisation de fixer son domicile en France. Le second sera celui, (qui fut soumis à des exigences de preuve strictes) dans lequel l'étranger « a voulu et s'est réellement constitué en France un domicile distinct de la nationalité ». Cette restriction indique que la Cour de Cassation avait encore le sentiment de l'impasse dans laquelle elle s'engageait. On y discerne pourtant l'influence de deux idées qui étaient à l'opposé de toute l'évolution de l'ancien droit, l'une qui liait la condition des étrangers au problème du jeu de la règle de conflit ; l'autre, qui insistait sur le caractère fictif du domicile.

56. — Comme l'admission à domicile d'un étranger était fort rare, la *jurisprudence fut amenée à appliquer en fait la loi nationale*. Des décisions, au lendemain du Code civil, avaient admis que la succession mobilière d'un étranger était régie par la loi de son domicile de fait, solution symétrique à celle qui était applicable au Français mort à l'étranger (10). Mais la Cour de Cassation opéra un revirement de juris-

(7) AUBRY et RAU, 6^e édit. par BARTIN, *op. cit.*, t. I, § 141, p. 835.

(8) « Pure abstraction, créée par les législations positives, soumise par chacune d'elles à des règles différentes », note anonyme sous arrêt « *Forgo* », Cour de Toulouse, 22 mai 1880. D., 1881.2., p. 93.

(9) D., 1875.1, p. 271.

prudence par l'arrêt *Mélizet* du 12 janvier 1869 (11). Les faits étaient caractéristiques : le sieur MÉLIZET, originaire de Philadelphie, après avoir réalisé fortune à La Havane, décéda en France, à Cannes, en décembre 1864. Il instituait son neveu de Philadelphie légataire universel de l'ensemble de sa fortune, valeurs françaises, rentes mexicaines et italiennes. Le testament et le codicille indiquaient que MÉLIZET était domicilié à Marseille. Le neveu, désireux d'échapper à la perception des droits de mutation qui frappaient la succession régie par la loi française, soutint qu'en l'espèce MÉLIZET n'avait pas eu son domicile en France. Le Tribunal de Marseille repoussa sa demande, en partant de cette constatation que le domicile de MÉLIZET en France répondait *aux deux conditions classiques, un établissement stable et l'intention de s'y fixer*. Il ajoutait même (ce qui est peut-être plus douteux au regard d'une jurisprudence récente (12) que la fixation du domicile en France devrait être d'autant plus aisément admise que le défunt avait demandé qu'après sa mort son corps fut transporté au caveau de famille à Philadelphie. C'était, pour le tribunal de Marseille, la preuve que MÉLIZET n'entendait rentrer que mort aux Etats-Unis. Il fallait s'attacher « à la résidence plus qu'à la qualité de la personne ». Le jugement ne dit rien de la durée de séjour antérieur de MÉLIZET aux Etats-Unis. Les précédents des cours d'appel n'étaient guère favorables. La Cour de Cassation aurait pu repousser l'application de la loi française en déclarant que les juges du fond avaient faussement qualifié le second élément du domicile ; de fréquents voyages et le désir d'être inhumé à Philadelphie auraient pu traduire l'esprit de retour, exclusif de l'intention de s'attacher à un lieu. La Cour de Cassation refusa (ceci ressort de ses motifs) d'examiner si la succession était régie par la loi française ou la loi étrangère. MÉLIZET n'avait pas été admis à domicile, donc la loi française n'avait aucun titre à s'appliquer (13). C'était un malencontreux retour à ce qui avait été sans doute la solution d'une partie de la jurisprudence allemande au XVIII^e siècle. Mais l'idée que le domicile n'était qu'une exception à un principe général de « réalité » trouvait son aboutissement

(10) Emanant surtout des juridictions inférieures comme Paris, 25 mai 1852. S., 1852.2.289. La Cour de Cassation ne se prononça nettement en faveur du domicile au sens des articles 102-103 C. civ. qu'à propos de la succession mobilière d'un étranger décédé en France, mais reconnu domicilié à l'étranger. « *Prince Ghyka* », 22 mars 1865. D., 1865.1.127.

(11) *Mélizet c/ Enregistrement*, Ch. civ., 12 janvier 1869. D., 1869.1, p. 295.

(12) Cf. Cour Paris, 3 juillet 1946, « *Spartali c/ Garineau* » (Rev. Crit., 1947, p. 137, note H. B.).

(13) « Attendu... qu'abstraction faite de quelques lois spéciales qui confèrent certains droits civils aux étrangers, les étrangers, aux termes de l'article 13, ne sont admis à l'exercice des droits civils et ne peuvent, en conséquence, acquérir un domicile en France avec ses effets légaux, qu'autant qu'ils ont obtenu l'autorisation de l'Empereur. »

logique. On définissait librement la fiction. Six ans plus tard, la même solution, qui se déduisait de l'arrêt *Forgo* (14), éloigna encore un peu plus le domicile international » du domicile de droit interne. *FORGO*, mort *intestat* à Pau, avait suivi sa mère à Strasbourg dès l'âge de cinq ans. Il ne conservait même pas avec Passau, sa ville natale, les liens que MÉLIZET avait gardés avec Philadelphie. Du moment qu'il n'avait pas été admis à domicile en France, sa succession mobilière était régie par la loi du domicile d'origine, c'est-à-dire la loi bavarroise. Mais en même temps il faut observer que le renvoi opéré par la règle de conflit bavarroise à la loi française *permettait de satisfaire les tendances profondes des juges : appliquer la loi française, tout en ne s'écartant pas de la solution classique des statutaires.*

57 ¹. — Malgré l'influence de l'école de MANCINI et de LAURENT, les arrêts ne posèrent pas immédiatement le principe que la succession mobilière de l'étranger est régie par sa loi nationale. L'arrêt « *Specht* » réservait le cas où l'étranger s'était constitué en France un domicile distinct de la nationalité. Cette restriction ne disparut que dans l'arrêt de 1909, « *Greck* » (15). La succession mobilière du sieur Greck, d'origine maltaise, s'étant ouverte à Constantine, la Cour décida que la loi nationale du défunt était applicable à propos de l'exercice du retrait successoral. Mais pour le Français mort domicilié à l'étranger, elle ne revint pas sur l'arrêt *Jeanin*. En tout état de cause *la loi française du domicile de fait continua d'être directement applicable à la succession d'apatrides.* Ainsi la Cour de Pau, dans un arrêt du 14 mai 1907, fit jouer la loi française pour la succession d'une ancienne ressortissante allemande : « Attendu que la succession mobilière d'un étranger est dévolue selon la loi de son pays, s'il y a conservé son domicile légal ; attendu que cette règle cesse d'être applicable lorsque l'étranger a perdu, avec sa nationalité, son domicile légal à l'étranger... » (16). On ne se rendait même pas compte des contradictions jurisprudentielles.

57 ². — C'est qu'en effet *l'adoption de la loi nationale entraînait une dissociation parfois fâcheuse entre compétence judiciaire et règle de conflit.* Le juge du lieu où s'ouvre une succession d'un étranger est amené, si pareil pouvoir n'a pas été conféré aux consuls par des traités, à prendre des mesures conservatoires, sous réserve faite de l'application

(14) Cass., 5 mai 1875, D. 1875.1, p. 344. M. FRANCESCOAKIS, dans la *Théorie du renvoi*, Paris, 1958, p. 227, note 3, a fait observer l'ambiguïté du premier arrêt par rapport au second arrêt « *Forgo* » (24 juin 1878) « les faits tels qu'ils sont constatés... ne suffisaient pas pour attribuer à Forco un domicile légal... de nature à soumettre la succession aux règles établies par la loi française ». Au lendemain de *Mélizet*, la Cour de Cassation opérait prudemment un léger repli.

(15) Cass. Ch. civ., 8 mars 1909, Cl. 1909, p. 773, concl. Proc. gén. BEAUDOUIN.

(16) Cf. Schwartz, Cl. 1907.1109, jurispr. fixée depuis *Gogun*, Req., 29 juin 1893. D. 1893.1.569.

de la loi étrangère. Mais *la distinction est parfois délicate entre mesures provisoires et mesures de caractère définitif*. Procédure et règles de fond peuvent être liées en la matière. C'est sans doute une des raisons pour laquelle la jurisprudence saisit avec empressement le renvoi au domicile de fait de l'étranger en France. On peut remarquer que le droit conventionnel, d'application assez large jusqu'à la première guerre mondiale — comme l'article 2 du Traité franco-autrichien de 1886, l'article 10, § 2 de la convention franco-russe de 1874 — ne dissociait pas les deux problèmes. L'application de la loi nationale était confiée aux tribunaux nationaux. Ainsi l'article 10, § 2 de la convention franco-russe du 1^{er} avril 1874 précisait que les « réclamations relatives au partage des successions mobilières, ainsi qu'aux droits de succession sur les effets mobiliers laissés dans l'un des deux pays par des sujets de l'autre pays seront jugées par les tribunaux ou autorités compétentes de l'Etat auquel appartenait le défunt et conformément aux lois de l'Etat ». Une seule réserve était apportée au cas où un ressortissant du lieu où la succession s'était ouverte avait des droits à faire valoir (17).

57 ³. — Désormais, la jurisprudence était fixée, dans le sens de l'application de la loi étrangère à la succession de l'étranger en France. *Un même thème l'avait guidée, celui de la distinction du droit naturel et du droit civil*. Cette division apparaît pour la première fois dans les motifs de l'arrêt *Mélizet*. Elle est, quarante ans plus tard, le pilier des conclusions du Procureur Général BEAUDOUIN dans l'arrêt *Greck*. Les articles 11 et 13 sur la jouissance des droits, affirme-t-on, servent à maintenir les distinctions entre les « facultés de droit naturel » et la « législation civile de chaque Etat ». L'exigence de l'admission à domicile est normale, car les lois successorales sur la dévolution et le partage des biens, ainsi que celles qui règlent la capacité de disposer et recevoir, appartiennent au droit civil de chaque Nation. En faveur de cette différence avec d'autres droits « naturels » reconnus aux étrangers, comme les donations, on tirait argument du maintien de la distinction, à vrai dire assez laborieuse, de l'ancien droit (18). PORTALIS y aurait fait quelques allusions (19). C'était la « clé de voûte » de la conception du « domicile international », et même de tout le système français de conflits en matière successorale.

58. — L'argumentation restait en vérité bien fragile. Certes la jurisprudence et les auteurs de l'époque monarchique avaient forgé une distinction du droit naturel et du droit civil, mais précisément pour augmenter le nombre d'actes juridiques que pouvait exercer l'étranger ;

(17) Sur l'application de ce traité excluant le renvoi, v. Ch. civ., 11 janvier 1911, *Kauschine /c De Nélidoff*, D., 1918.1, pp. 75-76, note P. Pic.

(18) R. VILLERS, *op. cit.*, p. 143.

(19) V. concl. BEAUDOUIN sous *Greck*, *op. cit.*

ils lui avaient même reconnu le droit d'avoir un domicile comme un Français (20). L'arrêt *Mélizet*, en affirmant que les « lois qui fixent les conditions et effets du domicile... appartiennent au droit civil de chaque nation, allait à contre-courant. Il est inutile d'insister sur l'ambiguïté de la notion de droit naturel que nos anciens auteurs ont empruntée aux juristes romains (21). L'acceptation d'un droit naturel peut être celle d'un *jus gentium*, utilisable jadis par les Romains comme par les Pérégrins. Elle implique alors la croyance en l'exigence d'un petit nombre de règles internationales qui ne concernaient pas les successions. *La confusion est complète entre l'aptitude à jouir du droit et le droit lui-même*. En définitive, la règle de conflit ne pouvait jouer que pour des actes volontaires, contrats ou donations, reconnus comme étant du « droit des gens ». L'arrêt *Mélizet* établit bien une distinction entre une « transmission de biens » de droit naturel et « les dispositions de chaque nation ». On peut s'interroger sur le contenu de ce droit naturel en dehors de tout droit positif.

59. — La distinction sert à faire comprendre l'erreur de méthode que devait abandonner la jurisprudence à partir d'un arrêt de Cassation de 1925 (22), et la suppression de l'admission à domicile par la loi du 10 août 1927. Durant la plus grande partie du XIX^e siècle, le problème des règles de conflit a été lié à celui de la condition des étrangers, et, par là, s'est élevé en France à la hauteur des rapports entre Etats. De l'école hollandaise à celle de MANCINI, on n'a voulu voir dans le conflit qu'un conflit de souverainetés. L'école hollandaise, partant d'une position favorable à la loi réelle, ne considérait l'application d'une loi du domicile étrangère que comme une « concession », faite par le législateur national. Les partisans de la loi nationale en France, un siècle plus tard, ne parvinrent à cette solution qu'en admettant que l'étranger ne peut « bénéficier » de la loi française, sauf, par le renvoi, à reprendre le « cadeau » consenti au législateur étranger. C'était tourner le dos à la méthode de BOUHIER et de SAVIGNY qui recherchaient la loi la plus adéquate à régir les rapports successoraux. La jurisprudence allemande devait s'engager dans cette dernière voie, *sans lier l'application de la loi à l'existence des droits accordés aux étrangers*. Elle procéda en fait de manière opposée à celle de la jurisprudence française. C'est ce qu'il convient maintenant d'examiner.

(20) VILLERS, *op. cit.*, p. 143.

(21) Sur cette notion, des *Institutes* de GAIUS à celles de JUSTINIEN, R. MONIER : *Manuel élémentaire de droit romain*, 6^e édit., Paris, 1947, n° 4, pp. 5-6 et article de Ph. FRANCESCOAKIS in *Mélanges Maury*, Paris (Dalloz et Sirey), 1960, t. I : *Droit naturel et Droit international privé*, en partic. pp. 132-150.

(22) Cf. Ch. Req., 7 juillet 1925, « *Dame Vogoridy c/ Musurus Bey* », D.H., 1925.611.

SECTION II

REFUS D'APPLICATION DE LA LOI NATIONALE
EN ALLEMAGNE JUSQU'EN 1900

60. — *Le morcellement politique de l'Allemagne du début du XIX^e siècle était peu favorable à la loi nationale.* Puisque le principe de l'unité successorale était acquis, la loi du domicile devait être considérée comme la loi personnelle normale (23). Toutefois, l'exaltation napoléonienne de la nationalité laissa quelques traces. Le *Badisches Landrecht* de 1808, confectionné sur le modèle du Code civil, ne crut pas devoir séparer les questions successorales de l'état et de la capacité d'une personne. Le juge badois appliquait donc le droit badois au sujet badois mort domicilié à Berlin (24). De même le Code autrichien de 1811 (A.B.G.B.), qui distingue les immeubles des meubles, soumet ces derniers à la loi nationale dans son article 300 qui est encore en vigueur de nos jours (25). Ils sont les seuls Codes à l'époque à rattacher à la loi nationale l'état et la capacité. En général, nous l'avons vu, la jurisprudence allemande s'attacha à la loi du domicile pour régir l'ensemble de la succession. On sait les arguments que SAVIGNY trouva en sa faveur. Il dénonça avec une particulière vigueur la position française qui mêlait déjà la condition des étrangers au jeu de la règle de conflit. « Les Français ont, sur les droit civils, des idées fausses et confuses » écrivit-il (26). Pourtant, de son temps, existait déjà la notion de droit de bourgeoisie ou droit de souveraineté en Allemagne (*Staatsbürgerschaft* ou *Untertanenrecht*). La loi prussienne du 31 décembre 1842 énonçait qu'à l'avenir le domicile ne pourrait à lui seul conférer la « qualité » de prussien (27). Le terme même de nationalité (*Staatsangehörigkeit*) apparaît peu de temps après la publication du tome VIII du Traité de droit romain, en Allemagne du Nord. De 1853 à 1870 furent édictées une série de lois sur la nationalité dans les différents états allemands. Elles furent « couronnées »

(23) En ce sens Stanislas DNISTRJANSKYJ : *Zur Geschichte und Theorie des Internationalen Privatrechts*, Wien-Leipzig, 1929, p. 7.

(24) Cf. L. RAAPE : *Internationales Privatrecht*, 4^e éd., Berlin, Frankfurt, 1955, pp. 46-47. H. LEWALD : *Das deutsche internationale Privatrecht auf Grundlage der Rechtsprechung*, Leipzig, 1931, p. 285.

(25) L'application de la loi étrangère à l'étranger mort en Autriche est soumis, il est vrai, à une condition de réciprocité, § 23, loi de 1854 (*Verlassenschaftspatent*) et art. 2, loi du 4 décembre 1911, v. RABEL, *op. cit.*, p. 262.

(26) *Die französischen Juristen von den « droits civils » sehr verworrene und irrige Begriffe haben*, *op. cit.*, p. 99.

(27) Cf. SCHÄTZEL, *op. cit.*, p. 3 *Verhandlungen des Achtzehnten Deutschen Juristentages Hergeg. von dem Schriftführer Amt der ständigen Deputation*, t. I, Berlin, 1886, rap. du Conseiller BÄHR, pp. 82-83, qui accuse SAVIGNY d'avoir été partial (*befangen*) à l'égard de la nationalité.

par la loi du 1^{er} janvier 1870 sur l'acquisition et la perte de la nationalité confédérale. Le texte, établi pour toute l'étendue de la Confédération de l'Allemagne du Nord, s'appliqua, à partir de mai 1871, aux Etats du Sud (Bade-Würtemberg et Bavière) (28). La loi nationale ne produisit tout d'abord que des effets de droit public. L'état et la capacité d'une personne dans les pays de *droit romain commun* restaient régis par la loi du domicile. Mais désormais l'*option entre le domicile et la nationalité* se posait clairement à la jurisprudence en matière successorale.

61¹. — Le *Reichsgericht* se prononça dans son arrêt du 7 juillet 1883 en faveur de la loi du dernier domicile, dans des termes d'ailleurs un peu équivoques (29). Le problème soulevé en l'espèce était celui de la validité d'une révocation de testament. Une veuve avait institué héritières à parts égales la demanderesse et la défenderesse, par un testament rédigé à Helgoland, à l'époque île anglaise (avant le traité anglo-allemand du 1^{er} juillet 1890 qui devait céder Helgoland à l'Allemagne). S'étant transportée plus tard à Cuxhaven, dans la région de Hambourg, elle révoqua ses précédentes dispositions. Le *Reichsgericht* apprécia uniquement la validité de la révocation d'après le droit romain de Cuxhaven, non d'après celui de Helgoland, alors que, semble-t-il, la veuve avait gardé la nationalité anglaise (30). L'occasion lui fut donnée de réaffirmer son attachement à la loi du dernier domicile par arrêt du 27 avril 1893 (31). La jurisprudence ne devait plus se démentir, tant pour l'application du droit prussien que pour celle du *Gemeines Recht* jusqu'au Code civil. Il est vrai que pour le Code prussien elle était théoriquement liée par l'A.L.R., mais nous avons déjà vu de quelle liberté d'interprétation elle usa à cet égard. Il y avait ainsi dans l'ensemble un singulier attachement à la loi du domicile, à l'époque où la jurisprudence française évoluait ouvertement vers l'application de la loi nationale à la succession mobilière.

61². — Cependant, l'assaut des partisans de la loi nationale pour les successions était de plus en plus rude. Dès 1886, la 18^e Session des juristes allemands se prononçait en faveur de la loi nationale (32). Sur-tout VON BAR, dans son ouvrage paru en 1889 « *Théorie et pratique du droit international privé* », s'attaquait à l'un des fondements de la

(28) Cf. SCHÄTZEL, *op. cit.*, pp. 5-6. M. RUBY : *L'évolution de la nationalité allemande*. Baden-Baden, 1954, pp. 21-26.

(29) R.G., 7 juillet 1883, E.T. XIV (1886), p. 183 (sur pourvoi de l'O.L.G. de Hambourg).

(30) ... *Nicht das Recht der Staatsangehörigkeit, sondern des letzten Wohnsitzes des Erblassers für die Erbfolge massgebend ist.*

(31) R.G., 27 avril 1893 (VI^e C. sen.) E. XXXI, n^o 40, p. 190 (sur pourvoi O.L.G. Frankfurt avec long examen de la question. V. enc. R.G., 7 mars 1893. E. 31, p. 154. R.G., 3 mars 1896, E., t. 36, p. 205.

(32) Cf. *Verhandlungen des Achtzehnten Deutschen Juristentages*, *op. cit.*, p. 91.

théorie de SAVIGNY. Il est faux, affirme-t-il, de déclarer comme SAVIGNY, que le système de la loi du domicile doit être généralisé, sous prétexte que la succession *ab intestat* repose sur la volonté présumée du testateur, et qu'ainsi dans tous les cas la loi du dernier domicile apparaît comme la loi commune du défunt (33). La légitime romaine, comme la réserve en nature, sont des restrictions que la loi apporte à cette volonté. *La prétendue présomption de connaissance de la loi du domicile doit être écartée.* Et puisque le droit de la famille est soumis à la loi nationale, le droit successoral suit le même rattachement. VON BAR se prononce finalement en faveur de la loi nationale. A l'encontre de SAVIGNY il approuve les Français d'avoir choisi comme rattachement « personnel » la loi nationale, expression de la souveraineté (34). L'influence de VON BAR semble avoir été assez grande sur les rédacteurs du Code de 1896.

62. — Il reste toutefois difficile d'expliquer la substitution de la loi nationale à la loi du domicile dans le B.G.B. Aux yeux de SAVIGNY, la nationalité n'était pas par essence destinée à régir les rapports de droit privé, mais *ceux de droit public*. Ce point de vue fut fidèlement sauvegardé. On invoqua de même les difficultés qu'il y aurait, si on adoptait la loi nationale, à trouver un point de rattachement en cas de pluralité ou d'absence de nationalité (35).

En sens contraire on tira argument de l'instabilité du domicile, trop souvent changeant, quand il ne devient pas impossible de le fixer. *A une époque où n'existait pas encore le contrôle des changes*, non plus que les restrictions à la liberté d'établissement, *il était plus facile que maintenant de déplacer le centre de ses intérêts* (36), d'où des difficultés dans la détermination de la loi. La définition du domicile comporte également, il ne faut pas l'oublier, un élément psychologique, l'intention de se fixer en un lieu. Le cas soumis au *Reichsgericht* le 27 avril 1893 sur pourvoi de l'O.L.G. de Francfort aide à comprendre les difficultés (37). Un célibataire rentier, originaire de *Hersfeld* dans la Hesse, avait émigré dans sa jeunesse en Amérique, et s'était fixé à *Saint-Louis* (Missouri).

(33) Cf. VON BAR : *Theorie und Praxis des internationalen Privatrechts* (2^e édit.), Hanovre, 1889, p. 301.

(34) *Op. cit.*, p. 166, note 6, p. 168. *Staatsangehörigkeit... eine der Voraussetzungen des internationalen Privatrechts*.

(35) *Vorschläge und Materialien zur Kodifikation des I.P.R.* par Theodor NIEMEYER, Leipzig, 1895, p. 123.

(36) NIEMEYER, *op. cit.*, p. 123. *Man Kann sagen, dass Mehrheit und Mangels der Staatsangehörigkeit pathologisch, Mehrheit und Mangel des Domizils normal sind.* (on peut dire que la pluralité et le défaut de nationalité ne sont que des cas anormaux mais que c'est au contraire la règle pour le domicile). V. *Verhandlungen*, p. 83.

(37) R.G., 27 avril 1893, Ent. XXXI, p. 190, *op. cit.*, comp. Cass. Civ., 17 juillet 1963. Bulletin Cass., 1963, 1.344

Il avait acquis la nationalité américaine en 1846. Mais vers la cinquantaine, lassé de l'existence aux Etats-Unis, il rentra en Allemagne. Dès lors, pour des raisons fiscales, il ne cessa de se déplacer d'un lieu à l'autre, avant de mourir à Homburg en septembre 1890. Le rattachement se révélait singulièrement difficile. Le lieu du décès ne pouvait être considéré comme un « dernier domicile ». La nationalité ne pouvait même pas valoir comme rattachement subsidiaire, l'intéressé n'ayant pas fait renouveler sa lettre de naturalisation américaine à partir de 1877. Aucune ville allemande n'avait droit à être considérée comme le nouveau centre d'intérêts du défunt. Le *Reichsgericht* fut finalement obligé d'appliquer la loi américaine du précédent domicile ; or en l'espèce, l'esprit de retour aux Etats-Unis manquait totalement...

Enfin il n'est pas douteux que le mouvement d'émigration massive de la fin du XIX^e siècle rendait difficile, aux yeux du législateur allemand, le maintien de la loi du domicile. L'évolution s'acheva danc par la consécration de la loi nationale dans les articles 24 et 25 du B.G.B., quelle que fut la nature des biens ; en France, cependant, les arrêts *Vogoridy* et *Labadan* mettaient fin à la distinction entre domicile « de fait » et domicile « légal ».

Désormais, l'opposition était bien tranchée ; d'un côté, la loi nationale était applicable à l'ensemble de la succession ; de l'autre, on distinguait *lex rei sitae* et loi du domicile. La question se pose maintenant d'apprécier l'étendue de la distinction : il s'agit de savoir si le système français fait toujours jouer deux lois différentes pour les meubles et les immeubles ; si le système allemand ne doit pas consentir des concessions à la *lex rei sitae* ou à la loi du domicile.

TITRE II

DETERMINATION DE LA LOI APPLICABLE

63. — L'opposition entre le système français et le système allemand est en principe devenue totale au terme de l'évolution que nous avons retracée. D'un côté la Cour de Cassation applique sans hésiter la loi du domicile aux meubles et la *lex rei sitæ* aux immeubles. De l'autre, le Reichsgericht a généralisé le principe de la loi nationale, admis partiellement dans les articles 24 1° et 25 de la loi d'Introduction. Aucune distinction n'est faite entre le Français ou l'Allemand à l'étranger, et l'étranger en France ou en Allemagne.

Toutefois, *les deux systèmes ne sont pas aussi irréductibles l'un à l'autre que pourraient le faire croire ces rattachements*. La définition même du domicile en droit français n'exclut pas tout rapprochement avec la loi nationale. D'autre part, une série d'*exceptions* ont dû être consenties *au principe de la loi nationale* en Allemagne en faveur de la loi du domicile ou de la situation.

Il y aurait enfin, malgré la généralité des formules, à tenter quelques distinctions entre les différents modes de dévolution. Le problème se pose notamment de savoir si le testament n'échapperait pas partiellement au statut successoral. En tant qu'acte juridique, il impose déjà une distinction entre forme et fond. On pourrait concevoir que le fond même de l'acte soit soumis à la loi choisie par le testateur (1).

C'est pourquoi, après avoir posé dans un premier Chapitre l'opposition entre loi du domicile et loi nationale avec les atténuations qu'elle comporte, nous examinerons, dans un second Chapitre, les difficultés propres à la succession testamentaire. Enfin, un troisième Chapitre sera réservé aux problèmes soulevés par la *dévolution contractuelle*. Si

(1) V. H. BATIFFOL, *Traité, op. cit.*, n° 653.

elle n'est qu'exceptionnelle en droit français, elle constitue en droit allemand un *procédé légal de dévolution* (§ 2278 à 2302 B.G.B.).

Il ne nous suffira pas de constater les divergences de principe des systèmes et les rapprochements possibles. L'étude du domaine de la loi applicable, dans un Troisième Titre, nous permettra seule d'apprécier la véritable portée de la loi du domicile et de la loi de la situation, d'une part ; de la loi nationale, de l'autre. Il nous faut naturellement faire abstraction du jeu des conflits positifs et négatifs. Comme nous le montrerons, ils ramènent le droit international privé allemand à des problèmes proches de ceux du droit français.

CHAPITRE I

L'OPPOSITION DE PRINCIPE ENTRE LE SYSTEME FRANÇAIS ET LE SYSTEME ALLEMAND ET SA PORTEE

Après avoir examiné l'opposition entre système français et système allemand avec sa justification actuelle, nous noterons les atténuations qui y furent apportées de part et d'autre : elles se traduisent tant par des exceptions en droit français et en droit allemand, que par l'existence d'une règle spéciale de conflit inter-local en Alsace-Lorraine.

SECTION I

DUALITE FRANÇAISE ET SYSTEME UNITAIRE ALLEMAND

§ 1. — *Système français.*

64. — La « clé de voûte » du droit positif actuel est constituée par les arrêts de la Cour de Cassation de 1925 et 1939, *Vorogidy* et *Labedan*. Sans revenir sur l'évolution décrite précédemment, on peut invoquer, en faveur de cette solution, la *distinction capitale en droit interne des meubles et des immeubles* et aussi le *souci de maintenir un lien étroit entre la compétence législative et la compétence judiciaire*.

Dès avant la loi du 10 août 1927 qui a supprimé l'admission à domicile, la Cour de Cassation a abandonné la position, favorable à la loi nationale, de l'arrêt *Greck*. L'affaire *Vorogidy* donna l'occasion à la Cour de se prononcer nettement en faveur du domicile, entendu au sens du droit interne (1). En l'espèce, un Roumain, le Prince Vorogidy avait quitté jadis la Turquie pour des motifs politiques, et était décédé à Paris

(1) « *Dame Vorogidy c/Mesurus Bey* », Ch. Req., 7 juillet 1925. D.H., 1925.611 et déjà « *Dédoménilo c/Sigaldi* » Req., 22 octobre 1900, D. 1900.1.520 (principal et unique établissement d'une veuve d'officier à Monaco).

où il habitait depuis vingt-cinq ans. La Cour déclara que le Tribunal qui devait apprécier la validité du testament était celui du domicile, c'est-à-dire du principal établissement, et précisa que cette notion était *question de fait* laissée à l'appréciation des juges du fond. Il ne pouvait faire de doute qu'en s'attachant à l'élément « matériel », l'établissement en un lieu, Vorogidy était domicilié à Paris depuis vingt-cinq ans. L'arrêt prenait soin en outre de relever que Vorogidy n'avait plus aucune attache avec son pays d'origine, ce qui révélait *qu'il y avait également l'élément « psychologique »*, l'intention de se fixer à Paris.

65. — Toutefois, il y eut encore quelques doutes après l'abrogation de l'article 13 par la loi du 10 août 1927. On se demandait si la jurisprudence ne s'acheminait pas vers la loi nationale, puisque désormais la fiction du « domicile de droit » était supprimée ; déjà l'arrêt de 1933 sur les donations en portait témoignage, mais la Cour de Cassation leva les dernières hésitations par application de la loi du domicile dans l'arrêt *Labedan* de 1939. « Domicile interne » et « domicile international » coïncidaient alors (2). Jean LABEDAN, de nationalité espagnole, avait disposé de toute sa succession, par testament passé à BAYONNE, en faveur de sa femme. Mort dans cette même ville, en décembre 1931, il laissait une héritière réservataire, sa mère. Celle-ci décéda elle-même peu de temps après à HENDAYE. La belle-fille n'avait pas encore entamé le règlement de la succession. ALFRED LABEDAN, frère du défunt, demanda la nullité du legs universel ; il s'appuyait sur l'article 814 du Code civil espagnol aux termes duquel une constitution de légataire universel est nulle, s'il n'a pas été fait mention des réservataires en ligne directe. La question était donc bien de savoir s'il fallait, ou non, appliquer la loi française comme loi du domicile. En l'espèce, seule la succession mobilière faisait l'objet de contestation. Le tribunal de Bayonne prononça la nullité du legs, tandis que la Cour de Pau en affirmait la validité. Finalement, la Cour de Cassation rappela que la dévolution de la succession mobilière était régie par la loi du dernier domicile du défunt « d'après l'ancienne règle toujours subsistante », ce qui, nous l'avons montré, établissait un lien, peut-être spécieux, avec la jurisprudence de l'ancien droit. En tout cas, l'argument tiré de l'article 11 était repoussé ; ce texte avait pour unique objet de « refuser aux étrangers la jouissance de certains droits qualifiés droits civils ». C'était là un problème bien distinct du jeu de la règle de conflit. L'équivoque disparaissait.

66. — Une phrase de l'arrêt *Labedan* laissait pourtant prévoir encore quelque difficulté : « La loi nationale (loi du domicile d'origine) ne pourrait être substituée à la loi du dernier domicile que si un texte

(2) « *Labedan* », Cass. Ch. civ., 19 juin 1939. D. 1939, 1., p. 97, note L.P.

particulier refusait au défunt la jouissance des effets de son établissement en France. » C'était une conclusion par laquelle la Cour de Cassation n'entendait pas du jour au lendemain rompre le lien séculaire de la jouissance des droits et de la règle de conflit. Elle voulait se réserver une « porte de sortie ». En fait, elle n'est pas revenue sur l'arrêt *Labadan*, bien que le décret-loi du 12 novembre 1938 lui en fournît l'occasion. Le texte énonçait qu'à défaut d'un permis de séjour d'une validité supérieure à plus d'un an, l'étranger ne pouvait bénéficier des droits dont « l'exercice ou la jouissance sont subordonnés à des conditions de domicile ou de résidence en France » (3). L'arrêt « *Szlapka* » du 4 juin 1941 réaffirma le principe de la loi du domicile, en rejetant implicitement le lien entre l'octroi du permis et la loi applicable (4). Depuis que ce texte a été aboli par l'ordonnance du 2 novembre 1945, la Cour de Cassation a encore eu l'occasion de maintenir sa position dans l'arrêt du 13 novembre 1951 (5) : « Attendu que la dame ZUBIAURRE étant domiciliée en France, la dévolution de ses immeubles situés en France et de ses meubles, en quelque lieu qu'ils soient situés au jour du décès, relève de la loi française. » La même règle n'est pas non plus douteuse dans le cas plus rare du Français à l'étranger (6).

67. — Il n'y aura aucun problème pour soumettre les différents biens du défunt (meubles meublants, créances, rentes, offices, fonds de commerce) à la loi du domicile dans le cas de l'étranger qui décède en France et y laisse sa fortune. Il suffit de se reporter à la distinction capitale du droit des biens en meubles et immeubles (art. 516 à 536 C. civ.). C'est l'avantage du système français de connaître une dualité calquée sur celle du droit interne. Le B.G.B. (art. 91 à 97 de la Partie Générale) ignore cette division fondamentale. Nous verrons l'inconvénient qui en résulte, quand, par suite du renvoi, le système allemand est conduit à une séparation des masses analogue à celle du droit français (7). Le problème de qualification se posera quand le Français aura laissé à l'étranger un bien mobilier au regard de notre droit, qualifié immeuble selon la loi de la situation. La question sera reprise dans l'examen des problèmes communs au système français et au système allemand par suite de la scission des masses.

68. — On peut invoquer également en faveur de la solution actuelle le lien étroit qui existe entre la compétence législative et la compétence

(3) V. FREYRIA, *op. cit.*, p. 222.

(4) Cass. crim., 4 juin 1941, Cl. 1945, p. 112.

(5) « *Biadelli c/Orphelins d'Auteuil* », 13 nov. 1951, Bul. Cass. 1951, p. 234. Rev. Crit. 1952, p. 323. Clunet 1953, 662, note J.B.S.

(6) Cf. Trib. civ. Nîmes, 2 avril 1952, « *Serrière c/Serrière* », Cl. 1952, p. 888 (application de principe de la loi du domicile portugaise).

(7) Cf. Saigut SANGUDHAI : *Die Einteilung der Sachen in bewegliche und unbewegliche in internationalen Privatrecht*, Dissert. Berlin, 1936.

judiciaire. Nous nous sommes efforcé de démontrer qu'historiquement la compétence judiciaire a influencé la détermination de la loi applicable. Le juge du lieu d'ouverture de la succession trouvait avantage à appliquer sa propre loi, quelle que fut la situation du bien ; le règlement général s'en trouvait facilité. Mais la loi de la situation résista à l'attraction exercée par la loi du domicile et la solution rejaillit à son tour sur celle de la compétence judiciaire. La jurisprudence n'a éprouvé aucune hésitation à étendre, à la compétence internationale en matière de successions mobilières, les règles posées par l'article 59 8° du Code de procédure civile et 110 du Code civil : le juge du domicile du défunt connaît de toutes les demandes des héritiers ou des créanciers, jusqu'au partage inclus. Compétence législative et judiciaire vont de pair depuis l'arrêt *Vorogidy*, alors qu'avant 1925, le juge compétent était celui du « domicile de fait », la loi applicable, celle du « domicile de droit ». *Il n'y a vraiment eu d'hésitation que pour la compétence en matière immobilière*, ou plus exactement *pour les immeubles à l'étranger* ; les immeubles situés en France relèvent, depuis un vieil arrêt de 1837, de la compétence du juge français (8), dans le cas d'une succession ouverte à l'étranger. Mais la situation inverse, celle d'immeubles étrangers faisant partie d'une succession ouverte en France, s'est révélée beaucoup plus délicate (9). Jusqu'en 1933 il n'y avait en la matière que deux arrêts anciens et contradictoires de la Cour de Cassation (10). Les juridictions inférieures faisaient valoir leur compétence à propos d'immeubles situés à l'étranger pour imposer l'unité dans les opérations de partage. Mais, à cette date, la Cour suprême cassa une décision de la Cour d'appel de Pondichéry. Cette juridiction s'était reconnue compétente pour ordonner le partage d'une succession comprenant des immeubles situés tant dans l'Inde anglaise que dans l'Inde française, tous les cohéritiers étant Français et domiciliés à Pondichéry (11). La Cour a lié étroitement la compétence juridictionnelle à la compétence législative, et dénié la compétence de la Cour de Pondichéry : « Attendu que par application du principe de la territorialité des lois relatives aux immeubles, ces biens sont régis par la loi du pays où ils sont situés ; qu'il en résulte que la dévolution successorale des immeubles sis en pays étranger échappe en principe à la loi française et à la compétence des tribunaux français, même quand ils sont la propriété de Français. » La juridiction française n'était compétente que pour des immeubles soumis à la loi française.

(8) Civ., 14 mars 1837. D., 1837.1.277.

(9) V. sur cette question note de M. E. SILZ sous Civ., 5 juillet 1933, D.H., 1933.425.

(10) D.P. 1852.1.245, D.P., 1859.1.277.

(11) Civ., 5 juillet 1933, précit. et analyse dans Robert DENNERY : *Le partage en droit international privé français. Conflits de lois et conflits de juridictions*, Paris, Sirey, 1935, pp. 194-198 (*Nagalingampoullé c/Saminadapoullé*).

La solution est depuis lors bien établie en droit positif et a été réaffirmée par la Cour de Cassation dans un arrêt du 24 novembre 1953 (12). En l'espèce, la Cour d'appel n'avait pas qualité pour procéder à une estimation des lots et à un partage judiciaire d'immeubles en Uruguay.

69. — On voit ainsi très nettement le lien entre la compétence judiciaire et la compétence législative. Sans doute on a dénoncé la confusion commise entre conflit de juridictions et conflit de lois. Le problème de la juridiction compétente toucherait de beaucoup plus près le droit public (13). Il n'en reste pas moins que *dans le cas fréquent de l'étranger décédé en France* et y laissant sa fortune mobilière, il y aurait de graves inconvénients pratiques à refuser la compétence du juge français. Pour reprendre les motifs du jugement du Tribunal de la Seine du 29 janvier 1948, « le tribunal du lieu d'ouverture de la succession est normalement le centre d'affaires et des biens du défunt et le seul point commun où puissent se concentrer les intérêts des cohéritiers dispersés ». Si le *de cujus* a laissé des immeubles à l'étranger, régis selon notre système de conflit par la loi de la situation, le lien étroit qui existe entre les formes et la procédure du partage et le fond du droit justifie la compétence du juge du lieu de situation.

70¹. — Mais on ne peut faire abstraction de l'application des articles 14 et 15 du Code civil aux successions. Dès qu'un Français est demandeur au procès (article 14) ou défendeur (article 15), les tribunaux français pourront être compétents. La Cour de Cassation n'a éprouvé aucune hésitation à attribuer à ces textes une portée très générale. A la seule exception des actions réelles immobilières et des actions en partage relatives aux immeubles à l'étranger, tout Français pourra porter le litige né d'une succession ouverte à l'étranger devant un tribunal français (14). Une décision judiciaire étrangère ne peut priver le plaideur français de ce droit (15). C'est ainsi qu'une action en pétition d'hérédité intentée par un Français à l'étranger est recevable devant une juridiction française (16).

(12) Trib. civ. Seine, 21 janvier 1950. Rev. 1950, p. 79, note NIBOYET. Cass. civ., 24 nov. 1953, Cons. Besson c/Marie Regis Besson, Bull. Cass., 1953, p. 274. Rev. 1955, p. 698, note Ernst MEZGER.

(13) V. note de M. SILZ sous Civ., 1933, précit. qui nie même tout lien historique entre compétence judiciaire et législative.

(14) Cf. Cass. civ., 1^{er} février 1955, « Bonnet-Bénézech », J.C.P., 1955, Som., p. 27. Cass. civ., 5 mai et 16 juin 1959. S. 1959, p. 159. Bullet. Cass., 1959.1.191 et 248.

(15) Cass. civ., 1^{er} février 1955, *op. cit.* (jugement uruguayen refusant de reconnaître en Uruguay les effets d'un testament olographe rédigé en France, renonciation n'est qu'une question de fait).

(16) Civ., 5 mai 1959, *op. cit.*

70 ². — L'application des articles 14 et 15 ne s'en est pas moins heurtée assez récemment à la *résistance des juridictions inférieures*, fidèles à un lien étroit entre compétence législative et judiciaire. Ainsi, la Cour d'Aix fut saisie d'une demande en prélèvement d'un légataire français contre sa sœur allemande. En l'espèce la *de cujus*, française d'origine, et veuve en premières noces d'un Allemand, s'était remariée avec un Anglais. Le testament, rédigé à Nice en la forme anglaise, portait sur des valeurs mobilières et des espèces dispersées en France et en Amérique. Il n'apparût pas à la Cour d'Aix que la seule nationalité du demandeur et la présence en France de quelques sommes déposées à l'Office des Changes, fussent de nature à justifier la compétence du tribunal français (17). De même, le 4 décembre 1956, la Cour de Chambéry a eu à connaître du conflit entre l'enfant naturel français d'un Américain d'origine française, et la veuve française domiciliée à New York. L'intéressé soutenait son droit à la réserve selon la loi suisse, la Suisse étant le lieu où le *cujus* avait été domicilié. La veuve réclamait l'application de la loi américaine : « Attendu, a énoncé la Cour, que revendiquant des droits sur une succession ouverte hors de France, par le décès d'un étranger domicilié à l'étranger, ROUCERON se prévaut d'une vocation héréditaire soumise, elle aussi, à une loi étrangère, ne soulève pas, eu égard à sa seule condition d'enfant naturel de nationalité française, un litige auquel une juridiction française a qualité... pour donner une solution » (18). On ne saurait mieux traduire le lien entre la loi et la juridiction. Sans doute la Cour de Cassation, dans son arrêt du 5 mai 1959, a cassé la décision de Chambéry (19). Mais on peut se demander si, par là, toutes les incertitudes prendront fin, en raison du caractère exorbitant des articles 14 et 15. Ils amènent le juge à trancher de questions successorales en *rapports trop incertains avec les « intérêts » français*. La loi du domicile se justifie, suivant l'idée générale de la jurisprudence, par la compétence du juge du domicile.

71. — La confusion entre la compétence législative et judiciaire est apparue particulièrement grande dans *l'interprétation du traité franco-suisse* du 15 juin 1869. L'article 5 du Traité réglait uniquement un problème de compétence judiciaire : « Toute action relative à la liquidation et au partage d'une succession testamentaire ou *ab intestat*... sera portée devant le tribunal d'ouverture de la succession, c'est-à-dire, s'il s'agit d'un Français mort en Suisse, devant le tribunal de son dernier domicile en France ; s'il s'agit d'un Suisse décédé en France, devant le tribunal de son lieu d'origine en Suisse. Toutefois, on devra, pour le

(17) La compétence fut finalement retenue en raison du prélèvement. Cour d'appel d'Aix, 5 janvier 1953. CL., 1953, p. 372 (Beer).

(18) Cour Chambéry, 4 décembre 1956. CL., 1958, p. 134.

(19) Cass. civ., 5 mai 1959, *op. cit.*

partage, la licitation ou la vente des immeubles, se conformer aux lois du pays de leur situation. » Il n'entre pas ici dans notre propos d'examiner en détail toutes les controverses auxquelles a donné lieu ce traité. On peut seulement remarquer que la dernière phrase, parlant de la loi de la situation, ne semblait pas spécialement déroger à la règle générale de conflit (20). Il est regrettable que certaines juridictions, comme le Tribunal civil de la Seine, aient déduites des règles de compétence législative à partir de la compétence judiciaire. Elles ont cru comprendre, à tort semble-t-il, que c'était uniquement pour la forme du partage qu'il fallait suivre les règles en usage au lieu de la situation. Le texte ne ferait aucune distinction entre meubles et immeubles pour le tribunal compétent, et partant, pour une loi compétente (21). C'était ainsi ouvrir déjà une brèche dans notre système de conflit, mais la Cour de Cassation paraît s'être refusé à se laisser entraîner sur ce terrain, revenant à une interprétation plus orthodoxe (22).

On voit donc, en fin de compte, que la compétence judiciaire est d'un appui douteux en faveur de la solution de conflit. Certes, il y a tout avantage à ce que pour l'étranger mort domicilié en France, ce soit le juge français qui applique la loi française. Les deux problèmes ne doivent pas aller jusqu'à se confondre.

§ 2. — *Système allemand.*

72. — Face au système français, nous avons vu que la jurisprudence allemande se rallia, au XIX^e siècle, à la solution unitaire de la loi du domicile, et que le B.G.B. lui substitua finalement la loi nationale. Nous nous sommes déjà efforcé d'en conjecturer les raisons, devant le mutisme des travaux préparatoires. On peut seulement observer qu'un système unitaire en droit international privé est le reflet de la *Gesamterbfolge*, succession universelle en droit interne (23). A la mort du défunt, le patrimoine passe immédiatement à un ou plusieurs héritiers (*Miterben*, § 1922 B.G.B.). Une transmission à titre particulier est exceptionnelle, et nous verrons dans quelle mesure le droit international privé en tient compte (24). Parmi les divers modes de succéder, l'importance

(20) V. Tribunal Saint-Julien-en-Genevois, 21 octobre 1947. *Rev.*, 1948, p. 304.

(21) Trib. civ. Seine, 5 janvier 1951, *Rev.* 1951, p. 315, note G. FLATTET.

(22) Cass. civ., 4 juillet 1960, *Bull. Cass.*, 1960 (n° 7), p. 301. Le tribunal fédéral suisse a admis, contrairement à la thèse française, qu'il y avait unité juridictionnelle mais dualité législative. Les meubles et immeubles du pays d'origine restent soumis à la loi du domicile, tandis que tout immeuble possédé par l'un des ressortissants dans le pays co-contractant relève de la *lex rei sitæ* (Siegrist, *op. cit.*, p. 30).

(23) Cf. COING (KIPP. WOFF), *op. cit.*, p. 4. BARTHOLOMEYCEK, p. 13, *op. cit.*

(24) Cf. BARTHOLOMEYCEK, pp. 13-14. FÉRID et FIRSCHING : *Internationales Erbrecht*, München-Berlin 1955 (*Rechtsquellen*), l'exception la plus notable consiste dans la possibilité de transmettre à un seul héritier la ferme héréditaire et son accessoire considéré comme une unité économique (*Erbhofrecht*), loi du Reich hitlérien

de la succession testamentaire peut justifier le rattachement à la loi nationale : cette loi est celle qu'a pu connaître le défunt et qui coïncide le mieux avec sa volonté probable ; celui-ci a toujours en effet la possibilité d'exclure par testament un parent ou un conjoint (§ 1938 B.G.B.), qui, dans ce cas, ne bénéficiera que d'une créance de « légitime » ou « portion due » (*Pflichtteil*) de la moitié de la part légale (25). La doctrine voit surtout le lien entre le droit successoral et le droit de la famille, particulièrement fort en matière de dévolution, et approuve en conséquence un mode de rattachement uniforme à la loi nationale (26).

73. — *Aucune disposition d'ensemble* en faveur de la loi nationale ne figure, à vrai dire, dans la loi d'introduction au B.G.B. La rédaction des articles consacrés au droit international privé a connu bien des vicissitudes. Deux projets, le premier de 1881, sous la direction du conseiller GEBHARD, le second de 1887, ont été successivement remaniés. Le *Bundesrat* d'Empire n'a pas admis la règle générale de conflit du second projet, selon laquelle la succession était régie par la loi de l'Etat dont la personne était ressortissante au moment de sa mort (27). Des applications fragmentaires de ce principe ont été faites au cas de l'Allemand à l'étranger, même s'il y a son domicile (article 24 1°) et de l'étranger qui a son domicile en Allemagne (article 25 1°). Mais la jurisprudence n'a éprouvé aucune hésitation à soumettre de manière très générale l'étranger, même non domicilié en Allemagne, à sa loi nationale (28).

Le droit conventionnel devrait théoriquement prévaloir en la matière sur les règles internes de conflit. En fait, la plupart des accords passés avant-guerre par l'Allemagne, et qui dérogeaient plus ou moins à la compétence de principe de la loi nationale, sont devenus caducs. Seul reste en vigueur l'accord germano-turc de 1929 (29).

du 29 septembre 1933, abol. le 24 avril 1947 par la Commission de contrôle interalliée (n° 45, ordon. A.H.K.) mais remise en vigueur par la plupart des « Länder » allemands.

(25) D'autres dispositions techniques traduisent une prépondérance de la succession testamentaire qui, pour des raisons fiscales, a reculé devant la succession *ab intestat*. Contra *Comm. Code civil allemand*, Paris, 1908, t. III, p. 608 sous art. 1922, par J. DRIoux.

(26) Cf. Léo RAAPE : *Internationales Privatrecht*, 4^e édit., 1955, *op. cit.*, p. 385. Gerhard KEGEL : *Internationales Privatrecht*, München-Berlin, 1960, p. 325. Il s'agit de la loi nationale au moment du décès.

(27) Hermann HABICHT : *Internationales Privatrecht nach dem Einföhrungsgesetz*, édit. post. par M. GREIFF, Berlin, 1907, p. 180.

(28) Cf. Colmar, 30 déc. 1932. J.F.G., tome 45, p. 314. R.G., 7 juillet 1932. H.R.R., 1932, n° 1928.

(29) L'ancien accord germano-russe du 12 octobre 1925 n'a pas été renouvelé en matière successorale par le traité consulaire du 25 avril 1958. Sont désormais, bien entendu, sans objet, les traités passés avec l'Autriche (à l'*Anschluss*) et avec les Etats baltes. Cf. KEGEL, *op. cit.*, p. 338 ; ils établissaient en général une différence entre la succession mobilière qui restait soumise à la loi nationale, et la succession immobilière rattachée à la loi de la situation (cf. accord entre le Duché de Bade et la Suisse, du 6 décembre 1856).

Le droit allemand ne tient donc compte en principe, ni du domicile, ni de la situation du bien. La nationalité ne soulève guère en elle-même de problèmes, car c'est une *notion abstraite* précisée par les lois de droit public de chaque Etat (30). Toutefois, le rattachement, en vertu des lois allemandes sur la nationalité (*Reichs und Staatsangehörigkeitsgesetz* dite « *loi Delbrück* » du 22 juillet 1913, loi du 15 mars 1935 et ordonnance sur la nationalité du 20 janvier 1942) peut présenter quelque difficulté en cas de pluralité ou au contraire d'absence de nationalité (31).

Le cumul des nationalités n'est pas possible si l'enfant allemand devient étranger. Par exception, le célèbre § 25-2 de la loi Delbrück lui permet d'adresser une requête aux autorités nationales, afin de garder sa nationalité (32). Ainsi, l'enfant allemand né au Brésil pourra rester allemand, tout en devenant brésilien par le *jus soli*. Le juge allemand, saisi de sa succession, ne prendra en considération que la nationalité allemande. A l'inverse, un étranger mort domicilié en Allemagne peut avoir plusieurs nationalités, dont aucune n'est la nationalité allemande. Le juge allemand devra alors s'efforcer d'appliquer la loi nationale, qui offre le plus de rapports *avec son mode d'existence habituelle*, ce qui est essentiellement une question de fait (33).

74. — L'absence de toute nationalité ou apatridie reste beaucoup plus importante. Jusqu'à la première guerre mondiale le problème était pratiquement inexistant. La jurisprudence du XIX^e siècle, à défaut du rattachement à la loi du domicile, s'efforçait de rechercher la loi du lieu d'origine de l'intéressé (34). L'article 29 de la loi d'introduction, visant les apatrides, *distinguait*, dans sa rédaction primitive, *entre ceux qui étaient nés apatrides, et ceux qui étaient devenus apatrides*. Les premiers, enfants d'une femme ayant perdu sa nationalité d'origine, sans en acquérir une autre, se voyaient appliquer la loi de leur domicile, à défaut de la résidence ; les seconds étaient soumis au droit de l'Etat auquel ils avaient appartenu en dernier lieu. Ainsi la femme allemande qui avait épousé un apatride était encore régie par la loi allemande. A l'inverse, les tribunaux allemands appliquèrent la loi d'origine aux nombreux apatrides — notamment russes — domiciliés en Allemagne à partir de 1918 (35). La solution qui consistait pour la majorité des apatrides à faire application d'une loi sans rapport avec leur situation réelle, a été jugée peu réaliste ; finalement, la loi du 12 avril 1938 a remanié

(30) Cf. RAAPE, p. 45.

(31) Cf. FERID-FIRSCHING, n° 12, 13 Z.3.

(32) Cf. HABSCHIED-MEYER, *Neues Familienrecht*, Bielefeld, 1957, M. WOLFF, *op. cit.*, pp. 40-41.

(33) Cf. WOLFF, *op. cit.*, p. 42. L'hypothèse reste toute théorique.

(34) O.L.G. de Lübeck, 1848, décis. rapp. dans *Scuf A.*, tome 2, p. 447, n° 354.

(35) Cf. RAAPE, pp. 51-52.

l'article 29. Dans sa rédaction actuelle il prend comme mode de rattachement la « *résidence habituelle* » (*gewöhnliche Aufenthalt*), à défaut, celle que l'intéressé avait au « moment compétent » c'est-à-dire pratiquement au temps de sa mort (36).

L'article 29 a connu une application assez large depuis la seconde guerre mondiale avec le développement de l'apatridie : l'ordonnance du 25 novembre 1941 prononçait la déchéance de la nationalité allemande de ceux, notamment israélites, qui avaient dû s'expatrier ; elle a été suspendue par la Commission de contrôle alliée : tous ceux qui, jusqu'au 8 mai 1945 avaient été considérés comme étrangers pour des motifs politiques, raciaux ou religieux, ont pu recouvrer la nationalité allemande, à condition d'être domiciliés en Allemagne après 1945, et de ne pas manifester de volonté contraire (37). La mesure a laissé subsister une assez nombreuse catégorie d'apatrides. A côté des apatrides proprement dits (*Staatenlose*) figurent les fugitifs (*Flüchtlinge*).

Le rattachement subsidiaire est déjà une exception à la nationalité. Il a soulevé quelques difficultés ; la résidence ne nécessite en principe que la prise en considération de l'établissement en un lieu. Les tribunaux allemands exigent un minimum de *stabilité*, car la résidence est « habituelle ». De plus la *résidence* — c'est là que réapparaît l'élément subjectif — *doit avoir été due au libre choix de l'intéressé*. Un apatride, citoyen allemand émigré en France ou en Belgique, avant 1939, ne saurait être considéré comme ayant eu sa dernière résidence au sens de l'article 29, dans un camp de concentration où il avait été envoyé, après l'occupation de ces territoires. Une éventuelle application d'une loi locale (tchèque ou polonaise) restée en vigueur, sur le territoire où se trouvait le camp, est exclue. On fait jouer la loi successorale française ou belge, sous réserve d'un éventuel renvoi à la loi allemande pour le droit à réparation (39).

On ne peut toutefois parler d'une entorse aux principes des articles 24 et 25 mais, plutôt, d'un rattachement accessoire. Nous aurons l'occasion de retrouver plus loin de véritables exceptions en faveur du domicile et de la *lex rei sitæ*.

75. — La compétence de principe de la loi nationale garde donc toute sa force et a même attiré à elle la compétence juridictionnelle.

(36) Cf. FERID-FIRSCHING, n°s 15-18, 2-4.

(37) FERID-FIRSCHING, n° 12.

(38) FERID-FIRSCHING, n° 13.

(39) *Résidence natürliche, meist, mehr or weniger dauerhafte Beziehung zu dem betreffenden Sachverhalt gemeinsam ist.* O.L.G. Hamm, 26 juillet 1954. N.J.W., 1954, p. 1731, n° 13 — O.L.G. Köln, 3 déc. 1954. N.J.W., 1955, p. 755, n° 13. J.P. Rspr., 1960, n° 132, p. 221. V. enc. doss. G. 228/58 1958 (communic. de l'Institut Max. Planck, Polonais ayant eu sa dernière résidence en France) comp. avec Cour appel, Paris, 21 juil. 1953. D., 1954, p. 354, note Chavrier admettant implicitement que la loi polonaise aurait pu régir au fond la succession d'un Français mort en déportation.

Le lien entre la compétence législative et la compétence juridictionnelle est ici, comme en droit français, trop étroit pour que nous nous dispensions de l'aborder. Nous la retrouverons en matière de partage, où le rôle du tribunal est intimement lié au fond du droit. Ni le B.G.B., ni le Z.P.O. (Code de procédure civile du 30 janvier 1877) ne règlent le problème de la compétence juridictionnelle en matière internationale. Il est reconnu que les règles posées par la loi sur les matières de juridiction gracieuse (*Gesetz über Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit* du 17 mai 1898) ne concernent que la compétence locale et supposent préalablement résolue la question de la compétence internationale (40).

Le lien entre la compétence législative et judiciaire a été constamment affirmé par la jurisprudence à partir d'un arrêt du *Kammergericht* de Berlin du 11 juillet 1911 : un marchand apatride, d'origine autrichienne, habitait Berlin et y mourut en 1906 ; il avait nommé par testament conjonctif rédigé avec sa femme au début de la même année, deux exécuteurs testamentaires. Après sa mort, sa veuve se remaria et entra en conflit avec les exécuteurs testamentaires. Elle s'adressa en vain à l'*Amtsgericht*, puis au *Landgericht* pour demander au tribunal une révocation des exécuteurs testamentaires, selon le droit allemand (§ 2227 B.G.B.). L'affaire fut enfin portée devant le *Kammergericht* ; la succession de l'apatride, selon l'ancienne rédaction de l'article 29 était régie par la loi à laquelle le défunt avait appartenu en dernier lieu, c'est-à-dire la loi autrichienne. A tort ou à raison le *Kammergericht* vit dans la révocation de l'exécuteur testamentaire, une mesure procédurale, et s'estima incompétent, la succession étant soumise à une loi étrangère. Il affirma l'indissolubilité du lien entre la forme et le fond ; les règles procédurales allemandes ne pouvaient jouer que pour une succession soumise à la loi allemande (41). Depuis lors, les arrêts n'ont fait que reprendre ces motifs (42). Vouloir adopter des mesures qui relèveraient de la compétence des tribunaux étrangers serait « une incursion injustifiée dans la souveraineté juridictionnelle de l'Etat étranger » (43).

76 ¹. — Une telle attitude s'explique par le désir d'éviter des problèmes de qualification complexes : les règles de forme seraient soumises

(40) Cf. L. RAAPE, *op. cit.*, p. 413. La jurisprudence est unanime.

(41) « In Nachlassachen deutsches materielles Recht mit deutschem Verfahren, fremdes materielles Recht aber mit fremden Verfahren Hand in Hand geben muss. » En matière successorale le droit interne allemand doit marcher à la main dans la main avec la procédure allemande, mais le droit interne étranger avec la procédure

(42) Cf. K.G., 8 fév. 1934. J.W., 63 (1934), Gog. H.R.R., 10 (1934), n° 1634. J. Prspr., 1934, p. 159, n° 72 — Bay., O.L.G., 7 fév. 1958. Bay. Ob. L.G.Z., 1958. Cahier 1, pp. 34-41 (testatrice américaine décédée en Bavière). L.G. Lübeck, 25 mars 1958, Schl. H.A., 1958, n° 12, p. 334. D.N.Z., 1959, n° 5 (succession mobilière en Allemagne d'un défunt hollandais soumise à la loi néerlandaise).

(43) « Nicht zu Rechtfertigender Eingriff in die Justizhoheit des ausländischen Staates vorliegen », dans K.G., 4 février 1937. J.F.G. (B. 15), p. 78, n° 25.

à la loi du tribunal saisi, pendant que la succession de l'étranger décédé en Allemagne relèverait en elle-même de la loi nationale. Mais il est très difficile d'opérer le départ entre ce qui n'est que règles de forme et règles de fond : dans le règlement de la succession, *toute une série de mesures* prévues par le B.G.B. *pour sauvegarder les biens successoraux et les intérêts des créanciers* (curatelle, administration de la succession, faillite après décès) *ne peuvent guère être prises que par un tribunal allemand*. L'idée sous-jacente est qu'une succession forme « un tout » ; on comprendrait mal, pour reprendre l'exemple mentionné plus haut, qu'il suffise de qualifier procédure la révocation de l'exécution testamentaire, et de l'obtenir des tribunaux allemands selon le § 2227 B.G.B., alors que le droit national ignore peut-être la possibilité d'une pareille révocation (44).

76 ². — Il n'en reste pas moins qu'un tel procédé a encore plus d'inconvénients que d'avantages. Le tribunal allemand pourra refuser de prendre certaines mesures en faveur d'un créancier allemand d'un *de cujus* étranger, en alléguant la compétence des tribunaux nationaux. Par là, peut-être s'introduira une *cause d'inégalité entre créanciers allemands et créanciers étrangers d'un étranger décédé en Allemagne* (si, comme nous le verrons, le renvoi ne jouait pas). On peut se demander de plus s'il est toujours utile ou possible, pour les tribunaux allemands, de s'estimer incompétents à l'égard de la succession de l'étranger. M. KEGEL cite le cas du Japonais domicilié depuis de longues années et mort à Munich. Il paraît peu opportun en la matière de déclarer que seul le tribunal de Tokyo sera compétent pour le règlement de la succession (45). On peut s'interroger sur ce qu'il adviendrait si, de son côté, le tribunal de Tokyo s'estimait incompétent et déclarait que le règlement incombe au seul tribunal du domicile, celui de Munich. Aussi *des exceptions ont-elles dû être apportées au lien rigoureux entre la compétence législative et la compétence judiciaire*. Nous les examinerons plus loin.

77 ¹. — En principe donc *les tribunaux allemands sont compétents dans la mesure où joue la loi allemande*, soit en vertu des règles de conflit des articles 24 et 25, soit, le plus souvent, par suite du renvoi. La compétence des tribunaux en matière *locale* est alors réglée par l'article 73 F.G.G. A défaut de domicile ou de résidence, le tribunal compétent dans le cas de l'Allemand mort à l'étranger est l'*Amtsgericht*

(44) A.G. Hamburg, 11 février 1959, « Breyer » (74 VI 1303-52, communic. de l'Institut Max-Planck). Impossibilité pour le tribunal de nommer un exécuteur testamentaire, alors que seul le défunt domicilié en Autriche pouvait le faire selon le § 816 A.B.G.B.).

(45) KEGEL, *op. cit.*, p. 335 (il faut supposer qu'en l'espèce, un renvoi à la loi allemande ne jouerait pas, car la compétence législative coïnciderait alors avec la compétence judiciaire ; l'exemple de l'Italien semble meilleur).

de Berlin-Ouest (art. 73 1 et 2 et ordonnance du 31 mai 1934). Pour l'étranger mort en Allemagne, au contraire, on se référera toujours, à défaut du domicile ou de la résidence, au tribunal dans le ressort duquel se trouvent des biens de la succession (art. 73 3°). Ainsi s'affirme *l'attraction exercée par le tribunal du for, même en matière mobilière*. Le tribunal — ce sera là son rôle essentiel — délivrera à l'héritier, sur sa requête, le certificat d'héritier (*Vollerbschein* du § 2353 (46)). On sait combien en droit français est empirique la preuve de la qualité d'héritier. Elle s'opère le plus souvent par intitulé d'inventaire ou acte de notoriété dressé par le notaire. En fait, le problème de la preuve ne se pose qu'en cas d'action en pétition d'hérédité. Le demandeur doit alors faire preuve de sa parenté par les actes d'état civil, et, s'il est légataire universel, produire le testament à l'appui de son titre (47).

77². — En droit allemand au contraire, le *certificat d'héritier atteste la qualité officielle d'héritier*. Certes dès l'ouverture de la succession (*Erbfall*) l'héritier acquiert le pouvoir d'en disposer, avec la possession (v. § 857 B.G.B.). Mais il a besoin dans de nombreux cas de faire la preuve de sa qualité d'héritier : auprès du livre foncier, s'il veut disposer d'immeubles ou de droits sur les immeubles inscrits au nom de son père. Le § 35 de l'ordonnance sur le livre foncier (G.B.O.) exige la production du certificat d'héritier (il n'y a qu'une petite exception en matière de disposition à cause de mort où peut suffire la production d'un « document officiel »). De même, le certificat d'héritier sera nécessaire pour recouvrer des créances ou la possession de biens de la succession qu'une tierce personne détiendrait par recel. *Moyen de preuve, le certificat fait en même temps présumer que le titulaire est bien héritier*. Il jouit de la foi publique (*öffentlicher Glaube*), ce qui est essentiel pour la validité des actes juridiques passés par le titulaire du certificat avec le tiers de bonne foi (48).

Le certificat d'héritier est apparu en matière de succession *ab intestat* dans la loi prussienne du 12 mars 1869 ; il est passé dans le B.G.B. qui l'a étendu à la succession testamentaire et contractuelle. L'héritier adresse une demande au tribunal pour se faire délivrer le certificat (§ 2353) ;

(46) Sur l'« Erbschein », cf. développements dans « Fritz STIER-SOMLO et ELSTER « *Handwörterbuch der Rechtswissenschaft* ». Berlin, Leipzig, 1927. *Erbrecht* par H. GOLDSCHMIDT (tome 2), pp. 309-310 et « *Rechtsvergleichendes Handwörterbuch* » herausgeb. Franz SCHLEGELBERGER, Berlin, 1929 (tome 2), *Erbschein* par G. MAIER, pp. 129-131.

(47) G. RIPERT et J. BOULANGER : *Traité de droit civil, d'après le Traité de PLANIOL*. Paris, 1959, tome IV, n°s 2299-2304.

(48) Présomption légale posée dans le § 2365. On suppose qu'il n'y a pas d'autres imitations au droit de succession que celles indiquées dans le certificat (exécuteur testamentaire, nomination d'un arrière-héritier), selon le § 2366, celui qui acquiert de bonne foi, un bien de la succession en est réputé propriétaire.

s'il ne l'est que pour une partie de la succession, il cantonne sa demande sur le montant de sa part. Pareil droit est reconnu à l'exécuteur testamentaire, au grevé de substitution (*Vorerbe*), aux créanciers du débiteur désireux d'opérer la saisie, en son lieu et place (§ 792 Z.P.O.).

Le requérant doit fournir des renseignements variables suivant que son droit repose sur la succession *ab intestat* ou testamentaire. Il donne des précisions sur la date de la mort du défunt, le degré de parenté qui les unissait, l'existence éventuelle de personnes exclues de la succession ou susceptibles de diminuer sa part (§ 2354 B.G.B.). En cas de disposition à cause de mort il doit indiquer la nature de la disposition sur laquelle repose son droit (§ 2355 B.G.B.). Dès lors que les faits ne sont pas notoires, le demandeur est tenu, sauf trop grande difficulté de preuve, de fournir des documents authentiques (§ 2356 1°).

Le tribunal dispose d'un *large pouvoir d'appréciation* pour la délivrance d u certificat (49). Il procède à enquête ; le cas échéant, une sommation publique doit avoir lieu pour que les personnes qui ont des droits successoraux se fassent connaître. L'adversaire éventuel du requérant serait entendu (§ 2360 1°). Finalement le certificat n'est délivré qu'autant que sont considérés comme établis les faits nécessaires à la demande (§ 2359). Si par la suite il se révélait inexact — et le tribunal peut prendre d'office toutes mesures d'enquête à ce sujet — le certificat serait retiré.

78 ¹. — Il n'y a donc en principe aucune difficulté : dès lors que le droit allemand est applicable, le tribunal délivre le *Vollerbschein* (*Gemeinschaftlicher Erbschein*, certificat collectif quand il y a pluralité d'héritiers). Compétence législative et judiciaire coïncident. Si un Français, domicilié à Sarrebruck, meurt et y laisse tous ses biens, la loi allemande s'appliquera, comme nous le verrons, par suite du renvoi. Le tribunal allemand du domicile délivrera l'*Erbschein* du § 2353. Mais le *B.G.B.* prévoit lui-même une dissociation des compétences, par un article rédigé, il est vrai, en termes ambigus : le § 2369 (50). Selon le § 2369-1° : « Si des biens qui se trouvent dans le pays appartiennent à une succession pour laquelle font défaut des tribunaux allemands compétents en vue de la délivrance du certificat, on peut exiger la délivrance d'un certificat pour ces biens. La succession « pour laquelle font défaut des tribunaux allemands compétents » ne peut être que la succession d'un étranger,

(49) Cf. GOLDSCHMIDT, *op. cit.*

(50) Sur le certificat d'héritier, en cas de soumission totale ou partielle d'une succession à une loi étrangère, v. Michael GUCCUMOS : « *Der Einfluss der Spaltung eines Auslandernachlasses auf den deutschen Erbschein* », D.F.G. (3^e année), 1938, pp. 28-31. KRESTSCHMER : « *Der Erbschein nach einem französischen Erblasser*, Saarl. R.Z., 1950 (2), pp. 17-22. K. FIRSCHING « *Behandlung der Nachlässe von Ausländern in der Praxis des Notars*, D.N.Z., 1952, p. 936.

réglée par une juridiction étrangère. Il a paru pourtant opportun, dans l'intérêt du commerce juridique en Allemagne, de délivrer à l'étranger comme à l'Allemand un certificat. Mais l'*Erbschein*, par la force des choses, ne vise que les biens qui se trouvent en Allemagne. Les tribunaux n'entendent pas déroger complètement à la règle du lien de la compétence législative et judiciaire (51). Selon une terminologie critiquée, il est « limité », non par son contenu, mais par son étendue (52) (*Gegenständlich beschränkter Erbschein* ou *Gebictserbschein*).

78². — Quelques conditions sont posées. Le bien doit être en Allemagne. Toutefois, aux termes du § 2369 2°, il suffit qu'il soit immatriculé en Allemagne (inscrit au livre foncier par exemple). De même, pour une réclamation (*Anspruch*) fondée sur un droit de créance, un tribunal allemand peut être compétent, même s'il se trouve en concurrence avec un tribunal étranger selon les règles locales de procédure (53). L'article 73 F.G.G. désigne le tribunal compétent : celui du dernier domicile ou de la dernière résidence de l'étranger, à défaut, celui de l'endroit où se trouve le bien. La succession doit être régie par la loi étrangère. Mais il importe peu que celle-ci ignore pareil certificat. Ainsi un Français meurt domicilié à Nancy et laisse dans sa succession une créance de 1.000 M., exigible devant un tribunal allemand. La succession est régie par la loi française selon la règle de conflit allemande. Toutefois on délivre le certificat du § 2369 B.G.B. (54).

A la différence du certificat du § 2353, celui du § 2369 reconnaît le droit de succession selon la loi étrangère : « Dans la limite des biens qui se trouvent en Allemagne, il est prouvé que X... mort à Hambourg a pour seul héritier son fils, selon le droit italien. » Il peut y avoir — nous aurons l'occasion d'y revenir — quelques difficultés dans l'établissement du certificat, les tribunaux se déclarant également compétents pour octroyer un certificat d'exécuteur testamentaire. On se demande, si, à la requête de l'*executor* anglais, il faut délivrer un certificat d'exécu-

(51) Ainsi le certificat du § 2369 B.G.B. à usage interne, n'a pas à porter mention de la formalité que peut exiger le droit étranger, comme l'*envoi en possession* dans le cas de l'héritier français (v. *Nachlaßsache Klippert*, 1938.864 (VI, 822-36), (communic. de l'Institut Max. Planck.).

(52) Cf. H. LEWALD : *das deutsche Internationale Privatrecht*, Leipzig, 1931, p. 329. A. NUSSEBAUM, *Deutsches Internationales Privatrecht*. Tübingen, 1932, p. 368, L. RAAPE, *op. cit.*, p. 416.

(53) Cf. M. WOLFF, p. 236, il y a quelques difficultés pour les « réclamations en restitution » (*Rückerstattungsansprüche*) de la part de victimes des spoliations pour savoir si elles peuvent être considérées comme « bien de succession fictif », v. Ferid. FIRSCHING, p. 25, n° 69.

(54) « Für die im Inland befindlichen Nachlaßstücke eines Ausländers dem Verkehr eine sichere Rechtsgrundlage zu bieten », in O.L.G., Colmar, 30 déc. 1912. K.F.G., 45 (1914), p. 314, v. enc. O.L.G., Neustadt an der Weinstr., 29 fév. 1952 (3 w. 69/51), in *die deutsche Rechtsprech.*, 1957, pp. 454, n° 234. O.L.G., Düsseldorf, 6 févr. 1963. N.J.W., 1963, p. 2228.

teur testamentaire (*Vollstreckerzeugnis*) ou d'héritier, en raison de la situation particulière de l'*executor* en droit anglo-saxon. C'est un exemple de « traduction juridique » nécessaire.

78³. — Ce qui est essentiel, c'est l'identité d'effets entre les certificats du § 2353 et § 2369, en application notamment du § 2366. *Celui qui a acquis de bonne foi un bien de la succession, alors que son auteur est désignée comme héritier dans le certificat, est couvert par cette acquisition* (§ 2366). Pour reprendre l'exemple de M. KEGEL, si celui qui est faussement indiqué comme héritier dans le certificat, vend une peinture dépendant d'une succession à New York, l'acheteur américain de bonne foi devient propriétaire. Au regard du droit allemand, ni la *lex rei sitæ* de New York, ni le statut successoral n'ont leur mot à dire (55). Il importe donc d'indiquer soigneusement dans le certificat « restreint », les atteintes à la liberté de disposer, comme, par exemple, en droit français, l'existence d'un usufruit au profit du conjoint survivant qui limite le droit successoral des enfants.

79. — Il reste parfois délicat de savoir dans quelles situations on délivre le certificat du § 2353 et celui du § 2369. Le *Vollerbschein* est accordé dès lors que le droit allemand est applicable, même partiellement. Comme nous le verrons, ce peut être le cas par l'effet d'un renvoi à la succession immobilière en Allemagne. Ainsi, un Français meurt à Metz, y laissant sa succession mobilière. Il possédait un immeuble à Trèves. Par renvoi opéré par la règle de conflit française, la succession immobilière de Trèves est considérée comme un tout, soumis à la loi allemande. On délivre donc l'*Erbschein* du § 2353 (56). A l'inverse, si un Italien meurt à Garmisch, y laissant tous ses meubles et ses immeubles, le droit italien jouera, sans qu'il y ait renvoi. Le juge délivre le certificat du § 2369. *Il se peut même que le tribunal allemand accorde deux certificats* : l'un, « général » pour la partie de la succession régie par la loi allemande ; l'autre, « limité » pour celle soumise à la loi étrangère. Un Français meurt à Strasbourg, laisse une succession mobilière à Strasbourg et Sarrebruck, un immeuble à Wiesbaden. Le juge allemand applique : la loi nationale française, aux biens meubles de Sarrebruck ;

(55) Cf. KEGEL, p. 336. M. WOLFF, *op. cit.*, p. 237 (en fait les actes opposables à l'héritier sont limitativement énumérés : acquisition d'un bien ou d'un droit appartenant à la succession, « libération » d'un droit appartenant à la succession, etc... (§ 2366-67). Sur ces dispositions maintenues en vigueur en Alsace-Lorraine, v. MAURY-VIALLETON, *Traité Pratique de Droit civil* (PLANIOL-RIPERT), tome IV, n° 350, l'effet vise bien entendu le bien de succession en Allemagne, v. NUSSBAUM, *op. cit.*, p. 369.

(56) On ne soutient plus aujourd'hui qu'il faille délivrer dans cette situation le certificat du § 2369, v. KRETSCHMER, *op. cit.*, p. 20, v. O.L.G., Köln, 3 déc. 1954. N.J.W., 1955.1, p. 755 (droit à réparation à propos d'un immeuble de Cologne ayant appartenu à des apatrides, assimilé à l'immeuble dans la succession — délivrance du certificat du § 2353).

la loi allemande, à l'immeuble de Wiesbaden. Il délivre : dans le premier cas, le certificat du § 2369 ; dans le second, celui du § 2353. *La nature du certificat dépend donc en fin de compte du droit applicable.*

80 ¹. — L'autre exception au lien de la compétence législative et juridictionnelle concerne le rôle des tribunaux allemands à l'égard de successions régies par la loi étrangère, sur lequel nous insisterons en matière de partage. Le B.G.B. n'a pas admis une intervention du tribunal (*Amtsgericht* — en Allemagne du Sud-Ouest, du notaire du district, *Bezirknotar*), dans le règlement de la succession en dehors de la volonté des intéressés. Le tribunal peut toutefois prendre des mesures de sûreté, si le besoin s'en fait sentir ; de même, si l'héritier est inconnu ou si on ne sait s'il a accepté. L'acceptation résulte en effet du simple écoulement du délai de non-répudiation, six semaines en Allemagne, six mois quand l'héritier se trouvait à l'étranger (§ 1943-1944). Le § 1960 énumère les mesures provisoires comme l'apposition de scellés, la confection d'un inventaire, surtout la nomination d'un curateur à la succession (*Nachlasspfleger*) (57). La mission du curateur se limite en principe à des actes purement conservatoires, (vente des objets de faible valeur, paiement des dettes les plus pressantes, etc...). En fait, il aide le tribunal à rechercher éventuellement les héritiers ; il peut faire valoir l'« exception de trois mois » du § 2014 B.G.B., c'est-à-dire le droit, pour l'héritier, de refuser l'exécution d'une obligation de la succession, jusqu'à expiration d'un délai de trois mois après acceptation, sans qu'il y ait eu confection d'un inventaire. Il peut encore demander l'ouverture d'une liquidation judiciaire, si la succession est grevée de dettes. Bref, *son rôle se révèle dans la pratique fort important pour les petites successions.*

80 ². — La jurisprudence a appliqué le § 1960 à la succession d'un étranger, non sans quelque hésitation. Elle n'est définitivement fixée en ce sens que depuis un arrêt du *Kammergericht* du 8 février 1934 (58). Les arrêts restaient jusque-là divisés sur la possibilité pour le tribunal de nommer un curateur à la succession régie par la loi étrangère. Malgré des décisions favorables (59), de nombreux arrêts considéraient que la nomination d'un curateur allait au-delà du simple acte de sûreté (60).

(57) Sur toutes ces questions, v. K. FIRSCHING : « *Die Kontrolle des Gerichts und Verwaltungsbehörden in der Abwicklung der Nachlässe* » (*Deutsche landesreferate zum V. Internationalen Kongress für Rechtsvergleichung in Brüssel, 1958*). Institut für Rechtsvergleichung München, 1958, pp. 77-94, en particulier p. 82.

(58) Cf. K.G., 8 février 1934, J.W., 63 (1934), 909. H.R.R., 10 (1934), n° 1034, Niemeyers, Z., 50 (1935), 374.1. Prspr., 1934, n° 72, p. 159.

(59) K.G., 11 juillet 1911. K.G.J., 41, p. 63 déjà cité. K.G., 8 décembre 1921. K.G.J., 53 (1922), p. 77 (rémunération du curateur selon § 1836, alors que le défunt était soumis à la loi suisse).

(60) O.L.G. Dresden, 17 fév. 1914. K.G.J., 47, p. 238. K.G., 23 déc. 1926. J.R., 1927. Rspr. n° 480, p. 75 (demande de nomin. de curateur pour un immeuble allemand relevant de la succession d'une Danoise morte au Danemark).

L'argument invoqué était qu'une telle mesure ne faisait que favoriser les créanciers. Mais outre qu'il est peu souhaitable, nous l'avons dit, de créer une inégalité entre créanciers allemands et étrangers, la curatelle n'a pas pour but essentiel le règlement des dettes de la succession. C'est bien plutôt le rôle de l'administration de la succession (*Nachlassverwaltung*) qui crée une véritable *separatio bonorum* entre le patrimoine de la succession et le patrimoine propre des héritiers. *Cette dernière mesure ne peut pas être demandée au tribunal dès lors que la succession est régie par une loi étrangère.*

81. — Certains auteurs, comme M. LEWALD ont proposé d'élargir le rôle du tribunal de la succession. Ils supposent, ce qui n'est pas encore le cas, que les tribunaux ont une vision « internationale » de la succession (61). Le *Kammergericht*, dans son arrêt du 4 février 1937, a rappelé qu'à défaut de traités, on ne saurait étendre l'exception du § 1960. Il y aurait incursion injustifiée dans la « souveraineté juridictionnelle de l'Etat étranger » (62). Mais elle est tout à fait injustifiée quand, par exemple, le tribunal allemand refuse de reconnaître le certificat d'héritier étranger pour délivrer le sien (63). Le tribunal pourrait accomplir certaines fonctions dévolues au tribunal étranger, si elles n'étaient pas contraires aux prescriptions de la loi étrangère (64). En matière successorale plus qu'ailleurs, les frontières de la compétence législative et juridictionnelle se révèlent délicates à tracer, et une collaboration entre juridictions serait souhaitable.

Pas plus qu'en droit français on ne saurait confondre les deux problèmes, bien qu'ils soient étroitement liés l'un à l'autre. Les arrêts allemands ont, mieux qu'en France, séparé les questions. Mais alors qu'au point de départ l'application du droit allemand entraînait la compétence des tribunaux allemands, *nous constatons finalement que le droit applicable selon le jeu de la règle de conflit a des répercussions sur l'activité du tribunal.* Nous pouvons déjà entrevoir par là les exceptions apportées au principe de la loi nationale.

(61) V. H. LEWALD, *op. cit.*, p. 329.

(62) K.G., 4 fév. 1937. J.F.G. 15 (1937), p. 78, n° 25.

(63) K.G., 16 juin 1938. H.R.R., 1938, n° 1125 (certificat polonais ne peut servir de preuve à l'inscription au livre foncier).

(64) V. la note de M. NEUHAUS sous O.L.G. *Neustadt*, 25 mai 1951, J.Z.6 (1951), 644, *Deutsche Rechtspr.*, 1954, n° 112, p. 247 (refus de nomination d'exéc. testament. pour succession soumise à la loi hollandaise).

SECTION II

ATTENUATION DES DIVERGENCES

§ 1. — *La notion de domicile en droit français.*

82. — Si on laisse momentanément de côté les problèmes soulevés par les conflits de systèmes, *l'exception la plus apparente* à la compétence de principe du domicile en droit français résulte du *jeu du prélèvement*. Nous avons déjà indiqué comment la loi de 1819, à l'origine, ne visait que la jouissance des droits et fût comprise par la jurisprudence comme une véritable règle de conflit. Le Français, en sa seule qualité, peut prélever en France, aussi bien sur les biens meubles que sur les immeubles (65) ce qui lui est nécessaire pour compléter sa part reconnue par la loi française. Ainsi un Américain décède à New York et laisse deux enfants légitimes français ; il a fait par testament des legs qui entament la réserve des enfants ; ceux-ci sont autorisés à opérer le prélèvement en France, tant sur les valeurs mobilières que sur les immeubles, pour compléter leur réserve (66). C'est ici la loi nationale de l'héritier, non du défunt, qui est prise en considération. Il s'agit, en réalité, d'un correctif au jeu normal de la règle de conflit, dans le seul cas de l'héritier français. Il ne met pas en question le rattachement de principe à la loi du domicile. C'est surtout, comme nous l'étudierons à propos du rapport entre les masses, *une grave dérogation à l'idée que le juge ne doit envisager que séparément la dévolution des deux masses mobilière et immobilière*.

83. — Le principe même du rattachement à la loi du domicile n'est peut-être pas aussi fermement ancré dans la jurisprudence française que le feraient croire les termes de l'arrêt LABEDAN (67). Le manque de précision que M. J. DONNEDIEU DE VABRES reprochait au domicile n'a pas entièrement disparu (68). La notion est en effet susceptible d'interprétations diverses par les juges du fond. Dans l'espèce *Labedan*, il ne faisait pas de doute que le domicile correspondait bien à la définition des art. 102 et 103 du Code Civil. Jean LABEDAN avait toujours eu en France son principal établissement. Décédé en 1931, il avait, dès 1919, fondé

(65) « *Chauten* », *op. cit.*, Ch. Civ., 27 août 1850. S., 1850-647.

(66) « *Stern* », Trib. Civ. Seine, 16 déc. 1950, Clun., 1951, p. 906.

(67) « *Réflexions sur la loi applicable aux successions* », par H. BATIFFOL, « *Festschrift Makarov* », Rabelsz, 1958, pp. 791-795.

(68) Cf. J. DONNEDIEU DE VABRES, *op. cit.*, p. 646.

à Hendaye un petit centre industriel. Il ne possédait aucun bien en Espagne. Son intention définitive de se fixer en France n'était pas douteuse. Aucun acte n'avait traduit un quelconque esprit de retour en Espagne. LABEDAN avait fait ses études et s'était marié en France. Les circonstances ne permettaient aucune ambiguïté sur la définition du domicile, à la différence de celles qu'eut à connaître la Cour d'appel de Paris le 3 juillet 1946 (69).

En l'occurrence, l'arrêt trancha le litige qui mettait aux prises le légataire universel d'un *de cujus* égyptien et les seuls parents légitimes de ce dernier, collatéraux réservataires au regard de la loi égyptienne. Le *de cujus* étant mort en France, la question se posait de savoir s'il avait été, ou non, domicilié en France. En cas de réponse négative, on était amené à reconnaître le droit de réserve des cousins germains du côté maternel pour la succession mobilière. Il n'était pas douteux que la loi française s'appliquait aux terrains de Colombes dont le *de cujus* était propriétaire. Mais l'hésitation était permise pour la succession mobilière en France. L'arrêt relève que le défunt, locataire d'un appartement parisien « par ses dépenses fastueuses de mondain oisif, a pu donner l'apparence d'un étranger devenu Parisien d'adoption ». Certes il possédait ses immeubles aux environs de Paris, mais la plus grande partie de sa fortune, des valeurs mobilières et un domaine agricole se trouvaient en Egypte. *A ne considérer que les seuls intérêts matériels, il n'apparaissait pas a priori que l'application de la loi française fut plus réaliste.* De plus, Agopian (c'était le nom du défunt), sans être retourné en Egypte, n'en n'avait pas moins accompli des gestes qui marquaient sa volonté de ne pas rompre tout contact avec son pays d'origine. Arménien de religion grégorienne, il avait chargé en 1921 son fondé de pouvoir de remettre des sommes très importantes au Président de l'Union arménienne de bienfaisance du Caire. Enfin, il avait exprimé le désir que sa dépouille mortelle fut ramenée en Egypte, élément de fait sans doute important aux yeux des juges (70). La Cour d'appel en conclut que le défunt avait conservé en Egypte son « principal établissement ». Il n'avait en France qu'une résidence de fait ; et la loi égyptienne était applicable à sa succession comme loi du domicile.

84. — L'arrêt a été critiqué, non sans raison. L'appel à l'« esprit de retour » a fait remarquer M. BATIFFOL, n'est qu'une manière déguisée de substituer la loi nationale à la loi du domicile ; la prévisibilité s'impose en la matière ; il est indispensable que le domicile de l'étranger ne

(69) Cf. Cour Paris, 3 juil. 1946, *Spartali c/ Garineau*. Rev. Crit. 1947, p. 137, note de M. BATIFFOL et comment dans « *Festschrift Makarov* », *op. cit.*, arrêt rejet Cass. (sect. civ), 10 janvier 1951. Bulletin Cass., 1951, p. 12.

(70) V. dans le même sens ar. *Mélizet*, 12 janv. 1869, *op. cit.* (défunt ayant souhaité que son corps fut transporté à Philadelphie).

soit pas compris autrement que celui du français (71). Le tribunal civil de la Seine a cru bon de souligner, dans les motifs de son jugement du 6 février 1952 (72), « qu'il importe peu que CHACHATY ait conservé l'espoir de terminer ses jours dans son pays d'origine ; qu'il n'est pas nécessaire, en effet, en droit français que le principal établissement, pour constituer le domicile, ait un caractère exclusif de tout esprit de retour ». Le jugement refusa de se laisser conduire aux difficultés qu'a rencontrées la jurisprudence anglaise dans l'appréciation du domicile. Il n'a pris en considération que le « principal établissement » en France. Les demandeurs en l'affaire, frères, sœurs, neveux et nièces se prétendaient héritiers réservataires selon la loi personnelle du défunt, la loi turque ; ils s'opposaient à la demande de la veuve qui produisait un testament par lequel le *de cuius* l'avait instituée légataire universelle. La veuve eut gain de cause. Le défunt fut considéré comme domicilié en France.

La Cour de Cassation, depuis l'arrêt *Vorogidy* de 1925 abandonne aux juges du fond l'appréciation de la notion de domicile. Il est regrettable qu'une fois de plus, elle s'en soit tenue à leurs constatations dans deux arrêts « *Rougeron* » du 19 juin 1963 (72 *bis*) et « *Schoeller c/ Rossa* » du 17 juillet 1963 (72 *ter*). On peut seulement en déduire que si toute la fortune et les intérêts du défunt se trouvent en France, il est à présumer qu'il a entendu s'y fixer. C'était le cas dans l'affaire *Chachaty* ; les époux avaient acquis plusieurs immeubles à Paris et des intérêts dans une société française en commandite simple. Chachaty, vivant depuis vingt-huit ans à Paris ne semblait avoir aucune attache avec la Turquie ; à l'inverse un citoyen américain, empêché par la maladie de regagner les Etats-Unis où il avait sa fortune, et décédé en Suisse, sera régi par la loi américaine du domicile. Le problème serait beaucoup plus délicat si (ce qui en pratique est rare (73)) le défunt avait une fortune dispersée dans de nombreux pays avec des attaches internationales multiples. Ainsi, dans l'arrêt « *Schoeller* » l'Américain DORRANCE, antérieurement établi au Japon, quittait ce pays en juin 1958 pour s'installer en France. Il liquidait ses participations de société et expédiait son mobilier à Hambourg. Trois mois plus tard, il décédait à Paris. Il faudrait, à notre avis, considérer l'étranger comme domicilié au lieu où se trouve la part la plus considérable de sa fortune mobilière. On ne peut, en droit international comme en droit interne, accorder la

(71) V. H. BATTIFOL, *op. cit.*, Festschrift Makarov, p. 794.

(72) *Chachaty*, Trib. civ. Seine (1^{re} Ch.), 6 fév. 1952, Rev. crit., 1952, p. 494, note Ch. FREYRIA, Cl., 1952, p. 884. G.P., 1952.2, p. 28.

(72 *bis*) Cass. Civ., 19 juin 1963, Bullet. Cass., 1963.1.281.

(72 *ter*) Cass. Civ., 17 juil. 1963, Bullet. Cass., 1963.1.344.

(73) V. des exemples dans ar. *Beer*, Aix, 5 janvier 1953, *op. cit.* et *Schoeller c/ Rossa*, Cass. Civ., 17 juil. 1963, *op. cit.*

même importance à l'habitation, si elle se distingue de l'endroit où sont situés la plupart des biens. Elle n'a qu'une valeur de référence subsidiaire. Il serait, en tout cas opportun que la Cour de Cassation revint à un contrôle de la qualification de domicile.

Comme nous l'avons dit, il n'y a pas, heureusement dans la majorité des cas, trop de difficulté, à déterminer le domicile. Où le défunt a vécu et a eu son établissement, là se trouve la majeure partie de ses meubles. La Cour de Cassation semble pourtant avoir implicitement marqué sa préférence pour l'élément « psychologique » dans l'arrêt *Schaeller* en approuvant les juges du fond d'avoir admis que DORRANCE entendait fixer « son home permanent » à Paris, alors qu'il était simplement mort à l'hôtel. Le défunt n'était pas retourné aux Etats-Unis depuis 1952. On ne pouvait guère lui appliquer la loi américaine. Au moins la Cour Suprême ne s'est pas trouvée, comme dans l'arrêt *Rougeron*, en contradiction avec une juridiction étrangère sur la détermination du domicile. La loi nationale n'aurait d'autre titre à jouer que si — comme nous le verrons en matière de succession testamentaire — on soutenait que le *de cuius* a voulu placer ses dispositions testamentaires sous l'empire de sa loi d'origine. C'est là un problème différent.

§ 2. — *Dérogations à la loi nationale en droit allemand.*

85¹. — Si la jurisprudence française donne parfois une définition du domicile qui se rapproche de la règle de conflit allemande, *le B.G.B. n'a pas été lui-même sans prévoir des exceptions au principe de la loi nationale*. Deux d'entre elles intéressent la loi du domicile ; la troisième, la *lex rei sitæ*. Elles visent surtout à favoriser l'héritier allemand, et revêtent en fait une importance assez mince. Leur formulation est contestable.

La première atténuation à la loi nationale peut à peine être rangée au nombre des exceptions. C'est plutôt une règle de conflit subsidiaire qui prend comme point de rattachement le domicile, comme celle qui existe pour les apatrides. Elle offre la particularité de *viser la succession de ressortissants d'Etats, dont la règle de conflit n'adopte pas la loi nationale comme le fait le système allemand*. L'art. 25-2° de la loi d'Introduction est en effet ainsi formulé : « Un Allemand peut aussi valablement élever des prétentions à la succession (*erbrechtliche Ansprüche geltend machen*), si seulement elles sont fondées d'après la loi allemande, à moins que la loi allemande, d'après le droit de l'Etat auquel appartenait le testateur, ne fut exclusivement applicable à la succession de l'Allemand qui avait son domicile dans cet Etat » (74).

(74) Trad. LYON-CAEN, in *Introduction au Code civil allemand*, Paris, 1914, *op cit.*

Du fait que la loi du domicile joue au profit de l'héritier allemand, on a pu opérer un rapprochement avec le prélèvement. Mais la portée de cette disposition est beaucoup plus large (75). Elle est classiquement désignée comme « mesure de représailles » (*Vergeltungsmassnahme, Retorsionsprinzip*) (76). La demande de l'Allemand, n'est pas en effet fondée sur sa seule nationalité, comme en droit français, mais sur la teneur de la règle de conflit étrangère. La règle est critiquable à un double titre : 1° Elle établit une hiérarchie injustifiée entre les « possibilités de rattachement », en accordant la première place à la loi nationale et 2° elle impose au juge allemand, une investigation de la règle de conflit étrangère. Les conditions de mise en œuvre se trouvent en pratique rarement remplies.

Il faut tout d'abord que l'héritier allemand fasse valoir une « prétention successorale ». Cette expression est comprise au sens le plus large : droit *ab intestat*, demande de délivrance d'un legs, etc... et le *Reichsgericht* a reconnu qu'en tout état de cause, la demande ne peut jouer que si la loi étrangère accorde un droit successoral plus défavorable que celui de la loi allemande (77). La faculté ouverte par l'article 25-2° est donc réservée aux seuls Allemands (78).

De plus, il semble bien qu'on ne puisse pas séparer le § 2 de l'article 25 du § 1. L'étranger doit avoir été domicilié au moment de sa mort en Allemagne, pour que l'héritier allemand puisse faire valoir sa prétention selon la loi allemande. Par domicile il faut entendre l'« établissement stable en un lieu » selon le § 7 B.G.B. même, si comme l'admet le même article, le défunt a eu plus d'un domicile (79). Une simple résidence du *de cujus* est à cet égard insuffisante (80).

85². — Enfin, la règle de conflit étrangère doit exclure l'application de la loi nationale allemande à l'Allemand mort à l'étranger. Tout au moins partiellement car, comme nous le verrons, il faut combiner ce principe avec une éventuelle application de la loi de la situation.

(75) V. remarqu. de M. FRANCESKAKIS in *La théorie du renvoi et les conflits de systèmes en droit international privé*, Paris, 1958, p. 67, note 2.

(76) L. RAAPE, pp. 393-394, *op. cit.* M. WOLFF, p. 232. KEGEL, p. 326.

(77) Cf. R.G., 31 mai 1906, E.63, n° 88, p. 356.

(78) R.G., 31 mai 1906, *op. cit.* (demandeurs autrichiens), O.L.G. Karlsruhe, 20 mars 1931 (demanderesse ayant perdu la nationalité allemande par son mariage avec un Français), J.F.G., t. VIII (1931), p. 116, n° 22 I., Prspr., 1931, p. 185.

(79) Sur la définit. du domicile, v. O.L.G. Hamm, 21 juillet 1954 et Köln, 3 décembre 1954, déjà cités (domic. d'apatrides) et L.G. Schwerin, 6 mai 1902, Niemeyers Z., t. 13 (1903), p. 174 (défunt hollandais n'ayant eu qu'une chambre meublée en Allemagne, sans déclaration à la police, ni paiement d'impôt, pas de domicile au sens allemand), v. S. BRAGA : *Staatsangehörigkeitsprinzip oder Wohnsitzprinzip*, Rabelsz., 1953, p. 244.

(80) B.G.H., 15 avril 1959, N.J.W., 1959, pp. 1317-1319 (héritière allemande d'une testatrice américaine vivant à New-York).

Peu importe que la loi anglaise ou française soumette la succession immobilière de l'Allemand à l'étranger à la *lex rei sitæ*. Mais l'application normale de la loi du domicile, au lieu et place de la loi nationale à la succession mobilière, justifie la réclamation selon l'art 25-2°. La règle de conflit allemande admet qu'on puisse faire jouer la *lex rei sitæ* étrangère, non la *lex domicilii*. Ainsi, pour reprendre l'exemple de MARTIN WOLFF, un Anglais est mort domicilié à Bonn, au sens allemand du terme. La loi anglaise régit la succession (sans qu'il y ait renvoi pour la règle de conflit anglaise). S'il a fait un testament au détriment de sa fille, mariée à un Allemand et devenue Allemande, celle-ci peut faire valoir son droit à la réserve ou « portion due » (*Pflichtteilsanspruch*) (80 bis). La Cour suprême de Karlsruhe a même accentué le caractère « pénalisateur » de la mesure, en accueillant la demande d'un héritier allemand contre l'exécuteur testamentaire d'une *de cujus* suisse. En l'espèce, la règle de conflit suisse (art. 28 N.A.G.) ne fait qu'une application partielle de la loi du domicile. Seuls, les étrangers domiciliés en Suisse ont leur succession régie par la loi suisse, alors qu'en principe la loi nationale s'applique à la succession des Suisses à l'étranger. Le *Bundesgerichtshof* n'en n'a pas moins estimé réunies les conditions d'application de l'article 25-2° (81).

On ne peut en fin de compte qu'approuver la multiplicité des exigences de mise en œuvre de l'article. La prise en considération de la règle étrangère est regrettable, si elle ne doit pas aboutir à une harmonisation des solutions. Le défendeur au procès aurait éventuellement les plus grandes difficultés à fournir la preuve contraire.

86. — La seconde exception en faveur de la loi du domicile concerne un point très particulier, l'étendue de l'obligation de l'héritier aux dettes. En principe, les héritiers ont une responsabilité illimitée et solidaire aux dettes de la succession (§ 1967, 2058 B.G.B.), mais *disposent de divers moyens à l'effet de limiter cette responsabilité au montant de la masse successorale*. C'est surtout possible avec l'ouverture d'une faillite après succession (*Nachlass-Konkurs* § 1975 B.G.B.), et ordonnance sur la faillite « *Konkursordnung* » du 10 février 1877, remaniée le 20 mai 1898) (82). Or en vertu du lien entre la compétence législative et juridictionnelle, les héritiers allemands, au cas où le *de cujus* allemand est décédé à l'étranger, pourront avoir quelque difficulté à limiter leur responsabilité. De plus, si un Allemand décède à l'étranger, laissant des cohéritiers, les uns, Allemands, les autres, étrangers, il serait *peu souhaitable que la responsabilité aux dettes des cohéritiers*

(80 bis) M. WOLFF, *op. cit.*, p. 232.

(81) Cf. B.G.H., 21 décembre 1955, E. 19, p. 315. N.J.W., 1956.508. Clun., 1958, p. 1076 I. Prspr., 1960, n° 136.

(82) V. K. FIRSCHING : *Die Kontrolle der Gerichtsbhörden*, *op. cit.*, p. 89.

allemands fut plus lourde que celle des cohéritiers étrangers (83). En prévision de ce cas, l'article 24-2° ouvre une *option* aux héritiers qui peuvent réclamer l'application de la loi étrangère du domicile. Mais il est entendu qu'elle ne peut jouer *que pour la limitation de la responsabilité* ; elle demeure sans influence quant au point de savoir si une personne est héritière et doit, comme telle, supporter les dettes de la succession (84). La loi nationale reste, là-dessus, compétente. Cette disposition de l'article 24-2°, qui se présente comme une limitation supplémentaire au lien de la compétence législative et juridictionnelle, n'a pas une grande signification pratique.

87. — En dehors de ces deux exceptions, le problème plus général est de savoir jusqu'à quel point peut jouer le principe unitaire posé par le droit allemand. Sans doute chaque législateur, chaque jurisprudence érige son propre système de conflit, mais l'unité successorale n'est qu'un vain mot, si l'Etat sur le territoire duquel se trouvent des biens qui dépendent de la succession, ne reconnaît pas lui-même l'unité de la succession (85). Il peut y avoir d'un pays à l'autre de fâcheuses contradictions sur la même question. Nous verrons comment, parti d'une conception unitaire, le système allemand tient compte finalement des systèmes étrangers, pour retomber trop souvent dans les difficultés du morcellement.

Au moins le B.G.B. ne fait-il pas de concession *expressis verbis* à la *lex rei sitæ* de l'Etat étranger à la seule exception de l'article 28 ainsi libellé : « Les prescriptions des art. 24 1, 25 et 27 (cas de renvoi) ne trouvent aucune application aux biens qui ne se trouvent pas sur le territoire de l'Etat, dont les lois sont déclarées compétentes d'après ces paragraphes et qui sont soumis par les lois de l'Etat sur le territoire duquel ils sont situés à des prescriptions particulières (*besonderen Vorschriften*) » (86). Le sens de l'expression « prescriptions particulières » n'est évidemment pas clair. Mais il est double et ne peut, pour l'interprétation qui nous intéresse ici, ne se comprendre que par ses origines historiques. Comme nous l'avons déjà montré, les partisans du système unitaire au XIX^e siècle n'exclurent jamais complètement l'application de

(83) Conrad KOHLER : *Die Erbenhaftung für Nachlassverbindlichkeiten nach neuem deutschen Internationalen Privatrechte*, Dissert, Bonn, 1902, p. 24.

(84) Cf. L. RAAPE, p. 393, O.L.G., *Hamburg*, 8 mars 1911, O.L.G.R., 1912 (t. 24), p. 59 (défenderesse refusant d'assumer comme héritière les frais d'une action en nullité de mariage intentée peu de temps avant la mort de son mari en Suisse).

(85) Cf. Wilfrid ZEUGE : *Das Recht der belegenen Sache im deutschen internationalen Erbrecht* (Helft 33 *Hansische Universität*) dissert. *Würzburg* 1939, préface L. RAAPE : *Da der Gebietstaat im allgemeinen in der Lage sein wird die von ihm gewünschte Behandlung durchzusetzen, haftet dem Personalstatut... eine gewisse Schwäche*, p. 2.

(86) Traduct. Code civil allemand, *op. cit.*, pp. 128-129.

la *lex rei sitæ* à certaines catégories de biens, comme les fiefs, les fidei commis, etc... Le motif donné par WACHTER et SAVIGNY ayant été que de telles transmissions avaient un caractère plus politique que successoral. Dans le cas de la succession d'un étranger en Allemagne, la méconnaissance de ces dispositions aurait heurté l'ordre public (87). Même KAHN, partisan du système unitaire, entendait réserver cette exception (88). Le B.G.B. a voulu soustraire à une éventuelle application de la loi étrangère les dispositions de la loi d'introduction (art. 57 à 59-62 à 64) sur la transmission de biens nobles et les exploitations rurales (avec renvoi à la législation particulière des *Länder*). Bien évidemment, dans ce seul sens, l'article 28 n'offrirait aujourd'hui à peu près aucun intérêt (89). Mais — ceci ressort des travaux préparatoires assez confus — *il s'est dégagé une seconde explication de l'article 28, déjà entrevue par VON BAR*. Le législateur allemand tient compte, de manière systématique, de la règle de conflit étrangère de la situation du bien, qui soumet la succession immobilière à un droit autre que celui du reste de la succession. C'est l'origine de la fameuse maxime : *Sachstatut bricht Gesamtstatut*, que nous retrouverons par la suite (90).

L'opposition entre système français et système allemand n'est, on le voit, que faiblement atténuée. Nous nous demanderons, en étudiant le domaine de la loi applicable si, d'une part, le « dualisme », loi du domicile et loi de la situation et, d'autre part, le principe unitaire de la loi nationale peuvent être intégralement maintenus. On ne peut en tout cas oublier que les *règles de conflit opposées se rejoignent dans le système particulier de l'Alsace-Lorraine*.

SECTION III

REGLES SPECIALES DE CONFLITS EN ALSACE-LORRAINE

88. — Après la première guerre mondiale, le législateur français a introduit dans les départements recouverts d'Alsace-Lorraine, le droit français. Toutefois, en matière successorale, des dispositions du B.G.B. ont été maintenues en vigueur à titre de loi locale, notamment celles qui

(87) V. citation par ZEUGE, p. 15, de la décision de l'*Obertribunal de Berlin* du 8 novembre 1844, défunt domicilié dans le comté d'Halberstadt et laissant des biens nobles en Poméranie — application de la loi de la situation pour les « besondere Vorschriften ».

(88) ZEUGE, *op. cit.*, p. 13.

(89) Pour cette interprétation, v. les attendus O.L.G. *Neustadt an der Weinstras*, 25 mai 1951.

(90) Cf. note de M. NEUHAUS, sous O.L.G. *Neustadt*, *op. cit.*, J.Z. 6 (1951).644. ZEUGE, *op. cit.*, p. 19.

concernent le certificat d'héritier et les règles du partage (91). Aussi a-t-il fallu prévoir des règles spéciales de conflit entre la loi locale et la loi française générale. L'article 5 de la loi du 24 juillet 1921, s'inspire à cet égard de la règle de conflit allemande, en ne faisant aucune distinction entre la succession mobilière et immobilière (92). Il ne visait primitivement que les successions ouvertes avant le 1^{er} janvier 1925, mais continue à jouer depuis cette date selon l'article 13 1) loi du 1^{er} juin 1924, pour tout conflit entre le droit français général et le droit local. *La même loi que celle qui régit l'état et la capacité s'applique à l'ensemble de la succession.* La succession de l'Alsacien qui laisse des meubles et des immeubles à Paris sera régie par la loi locale. A l'inverse, le Français de l'intérieur décédé à Strasbourg aura sa succession soumise à la loi française, ce qui semble avoir été difficilement admis par les représentants alsaciens au moment du vote de la loi (93). Une *exception* en faveur de la *lex rei sitæ* a du être consentie *pour la procédure de liquidation et partage*, ainsi que pour les mesures de publicité (art. 5-2°, loi 24 juillet 1921). Le lien entre l'organisation judiciaire et la procédure en Alsace-Lorraine a paru rendre la concession nécessaire.

89. — Toutefois il ne faut pas oublier que cette règle de conflit est *strictement interlocale*. La loi de 1921 a abrogé en matière internationale les dispositions du B.G.B., et son article 15 a soumis les conflits éventuels avec les lois étrangères au droit international privé français. La loi, en précisant que les articles 7 à 31 de la loi d'Introduction du B.G.B. cessaient d'être en vigueur à partir de sa promulgation n'a pas d'effet rétroactif. Ainsi l'apatride d'origine alsacienne qui avait quitté l'Alsace en 1890 pour se fixer à Buenos-Ayres, et qui est mort en 1915 à Genève, a eu sa succession régie par la loi allemande (ancienne rédact. de l'article 29). La loi argentine n'avait pas de titre à s'appliquer comme *lex domicilii*. Il fallait toujours, pour la Cour de Colmar, considérer la loi en vigueur à la date du décès (94), loi allemande en 1915.

La coexistence de deux règles de conflit peut parfois être délicate ; il faut *admettre que la règle française de droit international aura le pas sur la règle locale*. Un Alsacien décède domicilié à Bruxelles. Il laisse une succession mobilière à Bruxelles, Strasbourg et Paris. Selon la règle française, c'est la loi du domicile, loi belge, qui est applicable.

(91) Le maintien de ces dispositions, d'abord temporaires est devenu « sans limite » depuis la loi du 24 mai 1951, v. MAURY et VIALLETON, *op. cit.*, n° 8.

(92) J.-P. NIBOYET : *Conflits entre les lois françaises et les lois locales d'Alsace-Lorraine en droit privé* (comment. loi 24 juillet 1921), Paris, 1922, p. 268 et s.

(93) NIBOYET, *op. cit.*, p. 269.

(94) Cf. Cour Colmar, 14 novembre 1929 (1^{re} Ch.), Clun., 1930 (57), p. 1039, note Marcel NAST. « Guthmann », la Cour de Cassation a posé le principe que la loi de 1921 n'a pas de caractère interprétatif et ne peut s'appliquer à des conventions antérieurement promulguées. V. Cour Cass. Req., 24 mars 1924, Cl., 1925, p. 159.

Or, d'après la loi de 1922, les meubles situés en France sont dévolus selon la loi personnelle du défunt, c'est-à-dire la loi locale Alsacienne-Lorraine. Le conflit interlocal est écarté, et c'est la loi belge du domicile qui s'applique (95). Aucune question de cet ordre ne se pose si un étranger décède à Colmar. Sa succession sera régie par la loi du domicile, loi locale aussi bien pour les meubles qu'il aurait laissés à Paris, que pour ceux de Colmar.

Il faut prendre garde au caractère particulier du conflit interlocal, notamment à l'impossibilité d'invoquer l'ordre public (96). Le seul point commun avec le système allemand est l'unité de dévolution, et la concession faite à la *lex rei sitæ* nous avertit des limites qui doivent être apportées au système unitaire.

(95) NIBOYET, *op. cit.*, p. 279.

(96) V. *Traité*, H. BATIFFOL, n° 259.

CHAPITRE II

LA SUCCESSION TESTAMENTAIRE

Il est en principe acquis que les règles de conflit dégagées en matière de succession *ab intestat* s'appliquent à la succession testamentaire. Toutefois le testament, en tant qu'acte juridique de dernière volonté, pose des problèmes propres. *On peut se demander dans quelle mesure le testateur serait libre de déroger à la règle de conflit successorale.* A tout le moins, la forme de l'acte sera soustraite à la loi de la succession, pour être soumise à la loi du lieu où il est rédigé (art. 999 du Code civil et art. 11 1° de la loi d'Introduction au B.G.B.).

Deux sections seront consacrées à l'examen des problèmes de fond, puis de forme. Les autres questions, propres à la succession testamentaire, seront étudiées dans le domaine d'application de la loi successorale.

SECTION I

CHOIX DE LA LOI APPLICABLE

90. — C'est une affirmation classique de la doctrine que les règles de conflit de la succession *ab intestat* sont étendues à la succession testamentaire (1), aussi bien en droit allemand qu'en droit français. Toute l'évolution commande cette identité. Nous savons qu'à l'époque médiévale le développement de la succession testamentaire imposa une dérogation au strict principe de la « réalité » ; le rattachement unitaire en droit allemand s'explique par l'idée qu'il ne peut y avoir qu'une loi pour régir l'ensemble de la succession selon la volonté du défunt. Outre cet argument historique, on peut faire valoir qu'il est rationnel de sou-

(1) V. H. BATIFFOL, *Traité*, *op. cit.*, n° 653. H. LEWALD : *Questions de droit international des successions*, Rec. des Cours de La Haye, 1925, t. IV, p. 106. *Internationales Privatrecht*, *op. cit.*, p. 310.

mettre à la même règle successions *ab intestat* et testamentaires : une protection plus ou moins efficace est assurée, de manière impérative, aux proches parents du défunt (réserve ou légitime, nécessité du rapport, etc...). En conséquence, on applique la loi du dernier domicile en droit français, la loi nationale au moment du décès en droit allemand (2).

Toutefois, les inconvénients d'une pareille solution sont perceptibles. Le testament, comme acte de dernière volonté, semblerait échapper au jeu normal de la règle de conflit. Le défunt n'a pas su à l'avance quelle serait la loi applicable à la succession. Il a pu, au cours de son existence, changer de nationalité par suite d'un bouleversement territorial, ou être soumis à une législation nouvelle, introduite sur le territoire (cas de l'Alsace-Lorraine en 1900, puis en 1921). *Il n'est pas déraisonnable d'admettre* que le *de cujus*, par une référence formelle ou tacite à la législation antérieurement en vigueur qu'il connaissait bien, *s'est proposé de tenir en échec les règles normales de conflit dans le temps ou dans l'espace.*

91¹. — Il faut bien voir comment le problème se pose : en droit français, au temps où les arrêts soumettaient la succession au domicile « de droit », pratiquement à la loi nationale, l'appel à la « volonté du testateur » était, pour le juge français, une invite à opter entre la loi nationale et la loi du « domicile de fait » (3). Pareille suggestion ne fut pas retenue par la jurisprudence. A l'heure actuelle, la volonté du défunt pourrait ramener à la loi nationale, ou, de manière plus raisonnable, limiter les inconvénients du morcellement : on songe à l'Américain qui, domicilié en France, au sens américain comme au sens français du terme, et possédant encore un immeuble en Amérique, désire soumettre par testament l'ensemble de la succession à la loi de son Etat d'origine. A l'inverse, bien que dans le système allemand, l'Allemand à l'étranger soit soumis à sa loi nationale, il peut, plus ou moins bien conseillé, prendre des dispositions selon la loi de son domicile. Nous n'avançons pas là des hypothèses d'école. *Les cas où les parties, à tort ou à raison, invoquent la volonté du défunt, sont plus nombreux qu'un examen rapide ne le ferait croire.*

91². — Dans aucun des deux systèmes en présence on ne trouve une disposition analogue à celle de la loi fédérale suisse du 15 juin 1891 : l'art. 22² autorise le Suisse à l'étranger à soumettre sa succession par disposition de dernière volonté ou pacte successoral à la législation du

(2) Pour le droit français Cass. Civ., 19 juin 1939, déjà cit. Cour Paris, 29 novembre 1954, Cl., 1955, p. 408. Rev., 1956, p. 273, note Y. L. (Veuve CHALIAPINE) ; pour le droit allemand, K.G.J., 11 juillet 1911, K.O.J., t. 41, p. 63 ; R.F.H., 10 février 1931, Jw. 60 (1931), 1401, J.R. Rapr., 1931, n° 99, p. 195.

(3) Jules AUBRY : *Le domaine de la loi d'autonomie en droit international privé*, Cl., 1896 (t. XXIII), pp. 735-743, en partie p. 742.

canton d'origine, de préférence à la législation fédérale. Une faculté d'option entre leur loi d'origine et la loi du domicile est accordée par analogie aux étrangers domiciliés en Suisse (4). Il semble que l'article ne soit guère appliqué en pratique. Sans aller aussi loin, on pourrait concevoir que, *pour des matières qui ne sont pas impérativement réglées par la loi successorale*, comme l'interprétation à donner de certaines clauses du testament ou leur révocation, le testateur ait eu une liberté de choix. Comme en matière de contrat, le juge déterminerait par un certain nombre d'indices la loi à laquelle le testateur s'est référé, et ferait application de cette loi. Une distinction à ce sujet entre la jurisprudence allemande et la jurisprudence française s'impose.

92¹. — La jurisprudence allemande s'est toujours montrée à cet égard extrêmement réservée. Sans doute, un arrêt du *Reichsgericht* de 1930 a admis la référence tacite d'un testateur suisse mort en Saxe, à la loi allemande ; il s'agissait, en l'occurrence de la répartition des charges qu'avait à supporter une veuve, usufruitière d'une villa, entre elle et les enfants cohéritiers. L'arrêt n'a qu'une portée limitée et est resté isolé (5). Dans les cas, nous le verrons, où se produit en droit allemand une scission de la succession testamentaire, *les dispositions du testament relatives à chaque masse doivent être interprétées selon la loi qui la régit*, ce qui peut aller directement à l'encontre de la volonté du défunt (6). On n'a pas admis le rôle de la volonté du *de cujus* dans les cas où elle aurait pu jouer. Un exemple permet de le comprendre (7). Le *Kammergericht* fut saisi en 1938 d'un litige relatif à la succession d'un citoyen soviétique. Le *de cujus*, par testament passé devant un notaire de Pétrograd en septembre 1917, avait institué son fils, enfant des secondes noces, seul héritier. Il était mort lui-même à Moscou en juillet 1919. Le fils était resté citoyen soviétique ; mais une fille du premier mariage, apatride et naturalisée française après la Révolution de 1917, réclama, à l'exclusion du fils, un immeuble de la banlieue de Berlin dépendant de la succession. Outre que selon elle, le fils ne pouvait être héritier, car le décret soviétique du 27 avril 1918, en vigueur au moment de la mort du défunt faisait revenir le patrimoine à l'Etat, elle invoquait le § 2078 B.G.B. ; d'après cet article, une disposition de dernière volonté est nulle si le *de cujus* a été induit en erreur sur le contenu de sa déclaration de volonté. En l'espèce, il n'aurait pas institué son fils héritier, s'il avait su que la plus grande partie de ses biens devait

(4) V. LEWALD : *Questions de droit international des successions*, op. cit., p. 107.

(5) Cf. R.G., 2 octobre 1930, S.A. 85 (1931), n° 18., H.R.R. 6 (1930), n° 2066 « *Recht* » (1930) 34, n° 2223.

(6) Bay. Ober L.G., 27 octobre 1959, B.O.L.G.E., 1959, p. 391, n° 57 « *Seine Auslegung bei Nachlassspaltung für jede der Nachlassmassen gesondert zu beurteilen* ».

(7) K.G., 5 mai 1938, J.F.G., t. 17 (1938), p. 313, n° 80, J.W., 1938, 2477, Clun., 1939, p. 382, note Konrad WOLFF.

revenir à l'Etat russe. En fait, le *Kammergericht* a admis que l'effet du décret de 1918 était strictement limité au territoire russe et ne permettait pas l'exclusion du fils de la succession allemande. Il a repoussé, sans le discuter, l'argument tiré de l'interprétation de la volonté du défunt.

92². — Sur un point peut-être, on pourrait admettre plus facilement la référence à une loi choisie par le testateur : *c'est en matière d'exécution testamentaire*. Déjà, en droit interne, le testateur a la possibilité d'étendre, ou de restreindre, les importants pouvoirs confiés normalement par le B.G.B. à l'exécuteur : prise de possession de la succession, possibilité de disposer à titre onéreux, partage opéré en cas de pluralité d'héritiers (§ 2204-2205). Sans doute le *Kammergericht* dans son arrêt du 11 juillet 1911 n'a pas toléré que le défunt apatride, d'origine autrichienne (à l'époque, régi par la loi autrichienne) ait pu par testament prescrire l'application du droit allemand ; en conséquence, l'article 2227 B.G.B., selon lequel l'exécuteur testamentaire peut être révoqué par le tribunal pour violation grave de ses devoirs ou incapacité ne pouvait jouer (8). Mais, dans un autre cas, la référence au droit allemand a été admise. Un citoyen russe, originaire de Varsovie (alors province de l'Empire tsariste) était mort à Berlin en 1915. Il avait nommé par testament un de ses fils, exécuteur testamentaire, le laissant en possession de la succession jusqu'au partage. Or le droit applicable à sa succession était non le droit russe, mais le Code civil français resté en vigueur dans la Province de Varsovie. L'art. 1026 du Code ne confère que des pouvoirs réduits à l'exécuteur ; il ne lui accorde la saisine du mobilier que pour un délai d' « un et jour ». Le *de cujus* avait pourtant entendu sur ce point, selon le *Kammergericht*, soumettre sa succession à la loi allemande du domicile (9). La position des tribunaux allemands est avant tout dictée par un souci de prévisibilité. Elle est un peu trop sévère.

93¹. — On ne saurait en dire autant de la jurisprudence française ; il est vrai qu'aucun jugement n'a admis expressément une *dérogation à la règle de conflit*. On ne peut guère citer qu'une décision isolée du Tribunal de la Seine, qui, ayant fait application de la loi nationale à un Italien, qui n'était pas considéré à l'époque comme domicilié en France, a cru devoir omettre que la loi française s'appliquait à la succession immobilière française (10). La Cour de Cassation n'aime guère

(8) *Das die Grundsätze des internationalen Privatrechts zwingender Natur sind*. Car les principes de droit international privé offrent un caractère impératif. K.G., 11 juillet 1911, déjà cit. K.G.J., t. 41, p. 63.

(9) Solution atténuée en fait par la constatation que le délai de l'art. 2026 couvrait encore. K.G., 23 décembre 1915, J.W., 1916, p. 1428.

(10) Ordon. Trib. civ. Seine, 10 décembre 1952 (« v° Priod »), Cl., 1953, p. 136, J.C.P., 1953.7418, note J.-B. SIALELLI.

invoquer dans ses motifs la volonté, exprimée par les parties, de choisir une loi qui conduit à éliminer la règle de rattachement. Il n'en reste pas moins que, comme les juridictions inférieures, elle est systématiquement favorable à la validité des testaments. *Elle invoque pour cela la volonté du testateur, même hypothétique.* La méthode a été utilisée en matière de conflits dans le temps, comme l'illustre l'arrêt *Baltzer* (1). Le sieur BALTZER, Alsacien, avait légué à sa femme en 1897 l'usufruit de tous les biens de la succession. A l'époque de la rédaction du testament, le Code civil français était resté provisoirement en vigueur en Alsace-Lorraine, jusqu'à son remplacement par le B.G.B. au 1^{er} janvier 1900. En présence du frère de son mari, la femme n'aurait pu avoir qu'une attribution légale en usufruit inférieure au legs. Or le B.G.B., en vigueur à l'époque du décès du mari, qui eut lieu en 1913, accorde à la femme un droit *ab intestat* en pleine propriété sur la moitié de la succession en présence du frère (§ 1931) ; il donne, il est vrai, au mari, la possibilité d'exclure sa femme de la part légale par testament (dans ce cas la femme serait réduite à la « légitime » du § 2303 2^o, soit la moitié de la part légale en valeur). Le frère du défunt demanda que les droits de la veuve fussent limités à ceux qui étaient conférés par testament. Le raisonnement était admissible au regard de la seule volonté du *de cujus*. Il n'avait sans doute pris une disposition testamentaire en faveur de son conjoint que parce que l'attribution légale était, à l'époque, insuffisante. Ou alors on devait s'en tenir au droit *ab intestat*, tel qu'il était fixé au décès du testateur, et admettre qu'il emportait révocation implicite du testament, puisqu'il était plus avantageux que sous la législation antérieure. La Cour de Cassation a approuvé les juges du fond d'avoir admis, au profit du conjoint, le cumul des droits de la succession testamentaire et *ab intestat*. Le testament, selon elle, devait produire les mêmes effets que s'il avait été rédigé sous l'empire du B.G.B. Le testateur aurait donc pu exclure son conjoint de la succession légale par une disposition postérieure (§ 1938 B.G.B.). Il ne l'avait pas fait. On ne discernait, par suite, aucune incompatibilité entre le testament et le droit *ab intestat*. Cela conduisait à admettre le cumul. Le raisonnement apparaît finalement peu satisfaisant. La « volonté de ne pas exclure le conjoint » repose sur la connaissance conjecturale, qu'aurait eue le « *de cujus* » du § 1938.

93². — L'appel à la volonté du défunt semble de même avoir joué un rôle dans la célèbre affaire *Binger*, où aucune conciliation n'était possible entre le droit français et le droit allemand (12). Henri BINGER, enfant adultérin d'un sieur Arnould, né à Strasbourg en 1898, avait été

(11) Cass., 2 août 1921, Cl., 1923, p. 105, note J.P.

(12) Cass. arrêt Alger, 28 juin 1937. Nouvel Rev. D.J.P., 1937, p. 607 et Cass Ch. civ., 4 novembre 1946, D., 1947, p. 413, note P.L.P., Rev. Crit., 1948, p. 516, note H.B.

reconnu en 1913. La reconnaissance, selon le B.G.B., ne peut modifier la condition de l'enfant adultérin ; comme l'enfant naturel, il est considéré comme légitime à l'égard de la famille maternelle (§ 1705), comme étranger par rapport à son père (§ 1589 2°). Un legs fait à l'enfant adultérin est donc valable sous l'empire du droit allemand, car le *lien de filiation n'est pas officiellement constaté*. L'obligation du père « de fait » se limite à la fourniture d'aliments jusqu'à seize ans (§ 1708 1°).

Or, par testament passé à Sfax en juillet 1922, le testateur léguait à son fils adultérin tout « ce que la loi lui permet de lui laisser » : pratiquement la quotité disponible ordinaire. La succession s'ouvrit après l'introduction du Code civil en Alsace. La fille légitime du défunt attaqua le testament en s'appuyant sur l'article 908 3°, qui crée une incapacité de recevoir au profit des adultérins. Binger soutint que son état et sa capacité restaient régis par la loi locale. Mais on pouvait penser qu'en l'absence d'un conflit entre la loi française générale et la loi locale, la succession devait être soumise au droit français. La libéralité (ceci ressortissait de l'acte) avait été faite à une personne que le testateur considérait comme son enfant adultérin, et à ce titre devait être annulée pour *cause illicite*. La Cour de Cassation n'en a pas moins écarté l'objection, en s'appuyant sur l'art. 7 de la loi de 1921, selon lequel les « effets des actes juridiques volontaires seront déterminés par la loi à laquelle les parties se sont expressément ou tacitement référées ». Arnould était *présupposé s'être référé à la législation locale pour faire produire effet à la libéralité*. Le résultat, en tant qu'il faisait échec à l'application immédiate de la législation française, est douteux. Le testament aurait dû être annulé sur le fondement de l'article 1131. La solution, nous le verrons, peut s'expliquer par l'indivisibilité entre la question de filiation et les effets successoraux qu'on en avait déduits.

94¹. — En réaction du travail d'interprétation, accompli par les juridictions inférieures, la *Cour de Cassation paraît s'être montrée beaucoup plus réservée que dans l'arrêt Binger dans un arrêt de 1951*, alors qu'il est vrai n'intervenait pas un conflit dans le temps. La dame ZUBIAURRE, d'origine argentine et naturalisée française, avait, par un premier testament en août 1937, institué comme légataire universelle l'Œuvre des apprentis orphelins d'Auteuil. Un second testament réalisait un legs au profit d'une œuvre de bienfaisance argentine. Le neveu de la défunte, évincé par le testament, soutint que la testatrice avait entendu placer son second testament sous l'empire de la loi argentine. Divers indices, notamment le dépôt du testament au consulat d'Argentine à Paris, permettaient de supposer pareille volonté. Or en droit argentin, un testament postérieur en date, même portant sur un simple legs particulier, révoque le testament antérieur. La succession étant régie par la loi française, la Cour d'appel avait repoussé cet appel à la volonté du

testateur pour la révocation de la disposition. La Cour de Cassation l'a approuvée de ne pas avoir fait dépendre l'intention de révoquer le testament « de la seule présomption légale de volonté édictée par la loi argentine » (13).

94². — Cette méthode restrictive d'interprétation, qui tenait peut-être, en l'espèce, à l'insuffisance d'indices d'une volonté contraire, n'a pas été reprise par le Tribunal civil de la Seine, puis par la Cour de Paris dans l'affaire de la *Fondation Potocki*. Une distinction a été établie entre *matières* « impératives » et « facultatives ». Selon les termes du jugement « les testaments sont, quant au fond, régis en principe par la loi sous l'empire de laquelle leurs auteurs ont entendu se placer ; « cette loi ne peut toutefois recevoir application si elle se heurte à des lois impératives qui ont une portée générale et s'imposent à tous » ; « en revanche, c'est à la loi d'autonomie qu'il convient de se référer, lorsque la matière est abandonnée à la volonté du testateur par la loi successorale... » (14). On ne peut exprimer plus nettement le rôle subsidiaire de la volonté du testateur.

En fait, sous couleur de l'interpréter, le Tribunal de la Seine l'a peut-être déformée. *Malgré son affirmation il n'a peut-être même pas tenu compte d'une loi impérative*. Le comte POTOCKI, prince polonais décédé près de Varsovie en 1934, avait, à défaut de proches parents, créé directement une fondation par testament. Pareille création, on le sait, n'est pas possible en droit français, où les biens ne peuvent constituer par eux-mêmes une personne morale, mais était conforme à la loi polonaise du 7 février 1919. Le but de la fondation, comprenant notamment deux immeubles à Paris, était d'entreprendre diverses recherches dans la lutte contre le cancer et la tuberculose. Il était précisé dans le testament que les exécuteurs testamentaires pouvaient introduire les modifications nécessaires, tout en respectant l'affectation et l'objet de la fondation. La fondation, ayant reçu approbation par décret gouvernemental l'année même de la mort du testateur, fonctionna régulièrement jusqu'en avril 1952. A cette date une loi supprimait purement et simplement les fondations et ordonnait le transfert de leurs biens à l'Etat. L'article 8 de la loi se contentait d'envisager la possibilité pour certaines institutions de l'Etat de poursuivre l'activité de la fondation. L'article 10 précisait que les dispositions étaient inapplicables aux fondations qui avaient leur siège à l'étranger, ce qui ne pouvait être le cas de la fondation Potocki. Il apparaissait bien que le testateur avait

(13) Cour Paris, 29 mai 1948, Rev. Crit., 1950, p. 197, note G.R.D., J.C.P., 1950, 5241, note J. LISBONNE, sur pourv. Cass. civ., 13 novembre 1951, Bullet. Cass., 1951, p. 234, Rev. Crit., 1952, p. 323, Cl., 1953, 662.

(14) Trib. civ. Seine (1^{re} Ch.), 26 février 1958, Clun., 1959, p. 430, note A.P. et en appel Cour Paris, 16 mai 1960, J.C.P. 1960, 11763, note Ch. GAVALDA.

entendu placer la fondation sous l'empire de la loi polonaise : ceci résultait du lieu de rédaction du testament, du désir qu'avait exprimé le défunt de voir son pays développer ses recherches médicales, de la référence au décret de 1919. Avec la suppression de la fondation, les héritiers du Prince Potocki, sa mère et une héritière collatérale, crurent pouvoir s'appuyer sur l'article 954 du Code civil (révocation d'un legs pour inexécution des conditions) pour réclamer l'attribution des biens de la fondation en France, ainsi que diverses propriétés immobilières du défunt. La fondation n'avait pas, semble-t-il, reçu d'autorisation pour recueillir les libéralités en France, mais ce point ne fut pas discuté. L'administrateur soutenait que la fondation continuait d'exister, comme ayant des biens à l'étranger. A cet égard, un décret de décembre 1956 opérait un retour en arrière. Les fondations dont une partie des biens était située à l'étranger ne voyaient pas leur patrimoine transféré à l'Etat. S'appuyant sur ce nouveau texte, et sans se préoccuper de savoir si le décret de 1956 rétroagissait — ce que niaient les demanderesses — le tribunal refusa de prononcer la révocation du legs ; la fondation, y compris les immeubles en France, relevait toujours de la loi de 1919. Or sur le seul terrain de l'interprétation de volonté, *on pouvait soutenir, comme devant le Kammergericht en 1938, que le défunt ne s'était référé à la loi polonaise qu'en tant qu'elle validait ses dispositions, c'est-à-dire jusqu'en 1952*. Il n'était pas prouvé qu'entre 1952 et 1956, les biens en Pologne eussent échappé à la mainmise de l'Etat. De manière un peu contradictoire, le tribunal de la Seine affirma qu'une éventuelle confiscation ne saurait produire effet en dehors des frontières de la Pologne ; mais les biens situés en France « seraient dévolus à des œuvres d'intérêt général poursuivant un but analogue ».

95. — Nous avons cru devoir insister quelque peu sur ces exemples pour *montrer la faiblesse de la méthode qui fait appel à une volonté inexistante*. On ne saurait, comme l'a fait la Cour de Paris le 2 mars 1938, en user dans des matières aussi impératives que la réserve (15). Le juge national ne le tolérerait pas et invoquerait par contre-coup l'« ordre public ». *Il semble normal d'exiger une volonté clairement exprimée, ou, à tout le moins, des indices non équivoques, dans les matières abandonnées à la liberté du testateur, comme la révocation de dispositions*

(15) « *Chäin Wanblatt* », Cour Paris, 2 mars 1938, Cl. 1938, p. 544, validité d'un testament malgré la méconnaissance de la réserve : « L'ignorance de Wanblatt relativement à la réserve de sa fille et au droit de propriété de sa veuve sur la moitié des biens existant à son décès ne saurait entraîner la nullité du testament, tout portant à croire que, s'il avait su que sa capacité testamentaire était limitée, il n'en n'aurait pas moins attribué à ses parents la quotité dont il pouvait disposer. » Comp. *Rezk* Cass., 17 décembre 1951 (Bulet. Cass., 1951, 2.276) : Un Libanais domicilié à Dakar n'a pu se référer à la loi libanaise qui ignore la réserve, mais à la loi française.

antérieures ou les pouvoirs de l'exécuteur testamentaire (16). On ne peut qu'approuver la Révision de l'Avant-Projet de la Commission de Réforme du Code selon laquelle (article 10) : « Les successions sont soumises à la loi du domicile du défunt. Le testateur peut se référer à une loi différente sous la réserve des règles impératives de la loi régissant la succession. » Le texte ne fait guère que reprendre le projet de Code tchèque d'avant la seconde guerre mondiale (17). C'est à ce prix seulement que doit être apporté un frein en ces matières à la liberté du testateur. La reconnaître sans limites mènerait aux conséquences les plus absurdes ; ainsi en serait-il pour une succession, dont on ignorerait la loi applicable, en conséquence de l'abrogation de dispositions en vigueur au moment de la rédaction du testament.

SECTION II

FORME DES TESTAMENTS

96. — Le problème de la forme des testaments est classiquement dominé par l'adage *locus regit actum* : le testament est valable en la forme s'il est conforme à la loi du lieu où il a été rédigé. Toutefois la règle est comprise d'une manière différente d'un pays à l'autre. En ce domaine *une nullité pour vice de forme est particulièrement choquante*. Si le testateur change de domicile ou de nationalité, son testament, de valable qu'il était, peut devenir nul. Même en dehors de cette circonstance, *il suffit que le lieu de situation d'un des biens de la succession ne reconnaisse pas la forme adoptée*, pour que la succession s'ouvre *ab intestat*, contrairement aux désirs du défunt. Assez souvent il y a incertitude sur le mode valable de tester, et les praticiens eux-mêmes devront agir avec prudence (18). On comprend que le besoin d'une

(16) Roethlisberger, Trib. civ. Mulhouse, 19 janvier 1950, Cl., 1951, p. 210, Rev. Crit., 1951, p. 134, note de M. LOUSSOUARN, J.C.P., 1952, 6845, note critique DELAUME-FLATTET, validité de la clause par laquelle un défunt suisse a confié à l'exécuteur testamentaire le soin de vendre des immeubles en France dépendant de la succession.

(17) § 16 : *Die Parteien Können ein Rechtsverhältnis ausdrücklich oder stillschweigend einer bestimmten Rechtsordnungen unterwerfen, insoweit dem nicht zwingende Vorschriften Rechtsordnungen entgegenstehen, welchen nach den Bestimmungen dieses Teiles das Rechtsverhältnis überhaupt unterliegt* in LEWALD : *Questions de droit international des successions*, op. cit., p. 106, note 3. (Les parties peuvent expressément ou tacitement soumettre un rapport juridique à un droit donné dans la mesure où elles ne vont pas à l'encontre des dispositions impératives de ce droit, compétentes pour régir le rapport juridique).

(18) « *Eine absolute Sicherheit lässt sich ja nie erzielen.* » On ne peut jamais parvenir d'une sécurité absolue. K. FIRSCHING : *Behandlung der Nachlässe von Ausländern in der Praxis des Notars*, op. cit., D.N.Z., 1952, p. 340. — *Conflits de lois en matière de successions*, Journ. Not., 1961, n° 2, p. 54.

réglementation internationale uniforme se soit fait sentir. Sur proposition de la délégation anglaise à la 8^e session de la Conférence internationale de La Haye, une commission spéciale a rédigé en 1959 un avant-projet de convention sur la forme des testaments. Il a été soumis à la 9^e session (19) et adopté par elle après modification.

Tout en indiquant au passage les solutions proposées, nous nous en tiendrons au droit positif existant en France et en Allemagne. Après avoir examiné le sens et la portée de la règle *locus regit actum* en droit français et en droit allemand, nous étudierons les difficultés qui résultent de certaines prohibitions de tester.

§ 1. — *Signification de la règle locus regit actum en droit français et en droit allemand.*

97. — On sait que la *validité du testament selon la loi du lieu de rédaction est une des règles les plus anciennement admises*. Il est normal que l'étranger de passage dans un pays, sentant sa fin proche, ait recours à la forme locale. Les Glossateurs et post Glossateurs discutèrent abondamment de la valeur du testament reçu par un officier public, en présence de témoins, qui ne relève pas du statut originaire du testateur. Guillaume DURANT et BARTOLE admirent l'application du statut de Venise qui se contentait de deux témoins pour la confection du testament d'un citoyen originaire de Bergame, alors qu'à Bergame sept témoins étaient nécessaires (20). En raison de l'attraction de la *lex rei sitæ*, on se demanda si un testament relatif aux immeubles devait être conforme à la loi de la situation de l'immeuble. D'ARGENTRÉ se prononça en faveur d'une telle solution. Un édit perpétuel de 1611 en Belgique soumit à la loi de l'immeuble, l'acte qui y était relatif. Mais on cite un arrêt du Conseil privé des provinces belges de 1634 qui, sous prétexte d'interpréter l'édit, fit application de la loi du lieu de rédaction à un testament qui concernait des immeubles : un Milanais, de passage à Bruxelles, avait testé devant un notaire et deux témoins, alors qu'il laissait des immeubles à Milan où on exigeait sept témoins (21). Le testament fut déclaré valable. Il semble qu'à partir du XVII^e siècle, les *pays continentaux s'efforcèrent par l'application de la loi du lieu de rédaction de séparer les exigences de forme d'avec les règles de fond du testament* ; au contraire, l'Angleterre resta fidèle à la loi de la situation pour les immeubles, à la loi du domicile du défunt pour les meubles, en la

(19) V. rapport de H. BATIFFOL, Document prélimin., n° 4, pour la 9^e session (octobre 1959).

(20) Cf. André TIRAN : *Les successions testamentaires en droit international privé*, Thèse Aix-Marseille, 1932, p. 16.

(21) TIRAN, *op. cit.*

forme comme au fond (22). En France une série d'arrêts du Parlement de Paris consacrèrent la règle *locus regit actum*, même de manière obligatoire ; le principe admis d'abord pour les testaments « authentiques » (arrêts du Parlement de Paris du 31 mai 1566 et 7 septembre 1615) s'étendit par la suite aux testaments par acte sous seing privé (23). Un exemple est resté célèbre : l'annulation par un arrêt de la Grande Chambre du Parlement de Paris de 1721, du testament de M. de Pomereuil. Ce dernier, gouverneur de Douai, mais originaire de Paris, avait employé la forme olographe de la Coutume de Paris. Or, selon la règle en vigueur à Douai, le testament devait être signé du testateur et deux témoins et reçu par un notaire ou un curé. Le testament du Gouverneur de Douai, non conforme à cette exigence, fut annulé (24). En Allemagne, la Chambre impériale de Spire admit de même le caractère obligatoire de la règle *locus regit actum*. Les exceptions furent toutefois plus nombreuses qu'en France (25).

98. — *La règle ainsi comprise allait au-delà de sa mission.* Conçue primitivement comme un moyen pour le testateur d'échapper « au statut » de son lieu d'origine ou de la situation du bien, elle se retournait finalement par son caractère impératif contre les intérêts de celui auquel elle avait pour but d'être favorable. D'autre part, toute une partie de la doctrine (RODENBURG et Jean VOET notamment) insistait sur l'idée que les règles de forme des testaments doivent suivre le testateur partout où il se trouve. La conciliation fut finalement trouvée par l'article 999 du Code civil. Le Français à l'étranger avait le choix entre le testament authentique selon la forme locale, et le testament olographe de l'article 970, écrit, daté et signé par le testateur. Mais pendant longtemps la règle présenta un aspect unilatéral en faveur du Français à l'étranger, qui tirait avantage de sa nationalité. La jurisprudence, répugnant à faire appel à la règle étrangère, annulait les testaments d'étrangers faits en France et qui n'étaient pas conformes aux exigences de la loi française (26). Le résultat était particulièrement fâcheux dans le cas d'Anglais testant en France en la forme anglaise : le testament écrit par un tiers et simplement signé par le testateur en présence d'un *solicitor* ne correspondait, ni au testament olographe de l'article 970 Code civil, ni

(22) Cf. ERNST RABEL : *The form wills* — *Vanderbilt Law Rev.*, 6, 533, 1953, rap. dans MAURICE CULP, *Selected Readings on Conflict of Laws*, St Paul, 1956, p. 987.

(23) On ne cite que quelques exceptions pratiques, comme l'autorisation donnée par Louis XIV aux Anglais de Jacques II de tester en la forme anglaise. V. TIRAN, p. 25.

(24) TIRAN, *op. cit.*, p. 28. RABEL : *Conflict of Laws*, IV, Ch. 67, p. 290.

(25) Ex. cités par SCHAEFFNER : *Entwicklung des internationalen Privatrechts*, *op. cit.*, p. 180, privilège accordé par l'Empereur Charles IV à son peintre en 1359 de ne pas être lié par les statuts du lieu où il testait ; disposition du statut de Lubeck imposant aux ressortissants lübeckois de tester en tous lieux selon la coutume de Lübeck.

(26) V. la note M. POLITIS sous Cass. civ., 20 juil. 1909. D. 1911.1, p. 185.

aux exigences du testament authentique de l'article 971 (le *solicitor* n'avait nullement un rôle officiel au regard de la loi française), non plus qu'à celles du testament mystique de l'article 979. Si le défunt avait été domicilié en France, et avait pris des dispositions relatives à ses biens mobiliers, le testament en la forme anglaise était également nul en Angleterre : jusqu'au *Lord Kingsdown's Act* de 1861, le testament devait être conforme à la loi du dernier domicile (27). Finalement, l'arrêt de la Cour de Cassation « *Gesling c/ Viditz* » a reconnu le *caractère facultatif de la règle « locus regit »* : il a admis la validité d'un testament d'Anglais en France, en la forme anglaise.

99. — Le droit allemand est passé par la même évolution. SAVIGNY *fit prévaloir le caractère facultatif de la règle locus regit actum*. En principe, le testament doit être soumis en la forme à la loi du domicile du testateur. Mais la règle peut se révéler pleine d'inconvénients, si la loi locale n'est pas en mesure de remplir le rôle de la loi du domicile. SAVIGNY cite le cas du Prussien tombé malade en France qui souhaite rédiger un testament. Le droit prussien ne connaissait pour la succession mobilière d'autre testament que celui qui était passé en forme solennelle devant un tribunal. Un tribunal français ne pouvant jouer pareil rôle, force était de s'adresser à la loi locale. On entrevoit déjà la difficulté d'application d'une loi étrangère (28).

L'article 11 de la loi d'Introduction a consacré l'option. En principe, la rédaction est soumise à la loi nationale applicable à la succession, mais la loi locale suffira : « La forme d'un acte juridique est déterminée par les lois qui régissent le rapport de droit formant l'objet de l'acte. Il suffit cependant d'observer les lois du lieu où l'acte est passé » (29). Une proposition formulée en commission suivant laquelle la loi locale serait admise dans la mesure où le droit compétent pour le rapport juridique ne s'y opposait pas, donc plus restrictive, fut rejetée (30). Le dernier vestige du lien entre la forme et le fond était constitué par le § 382 de l'A.L.R. qui exigeait, à l'image du droit anglais, la soumission à la *lex rei sitæ* du testament qui concernait des immeubles; il disparut du B.G.B.

100. — Règle française et règle allemande s'accordent donc : le

(27) Le célèbre cas « *Bremer v./ Freeman* » (MOORE « *English Privy Council Case* », tome 10, p. 306, rapp. dans RABEL « *Conflict of Laws* », IV, p. 290), de 1857, amena le « *Kingsdown's Act* » à reconnaître pour la succession mobilière de sujets anglais une option entre la loi du lieu de rédaction et celle du domicile d'origine anglais.

(28) SAVIGNY, *op. cit.*, p. 351, § 381. SAVIGNY s'appuyait sur le texte d'une loi prussienne de 1823, qui admettait pour le personnel consulaire la possibilité de tester suivant la forme locale (p. 365).

(29) Trad. B.G.B., *op. cit.*, pp. 39-40.

(30) V. attend. de O.L.G. *Hamburg*, 2 mai 1917, O.L.G.E., n° 35 (1917).

testateur allemand en France aura le choix entre la forme française et la forme allemande, au regard du juge allemand comme du juge français. Si on met à part les modes exceptionnels de tester (*Nottestamente*) le droit allemand connaît deux formes. La première forme est le testament olographe (§ 2247), à peu près identique au testament olographe français de l'article 970. Elle ne comporte qu'une exigence supplémentaire, l'indication du lieu. Encore le testament sera-t-il considéré comme valable, si, à défaut de l'énonciation prescrite, on peut établir le lieu de rédaction (§ 2247 5°). L'Allemand testant en France pourra, bien entendu, s'y soustraire. L'autre forme est une déclaration orale de dernière volonté devant le juge de l'*Amtsgericht* en présence d'un ou deux témoins (à défaut le notaire en Allemagne du Sud), avec remise d'un écrit au juge, en affirmant qu'il contient la dernière volonté du testateur (§ 2238). Le testament peut être transmis fermé ou ouvert sans que l'écriture soit de la main même du testateur ; si le testament est ouvert, juge ou notaire prennent connaissance du contenu (§ 2238 2°). C'est l'« acte authentique local » dont parle l'article 999, qui pourrait être valablement fait par un Français en Allemagne. Mais, en France, le notaire ne saurait jouer le rôle du notaire allemand. Tout testament rédigé selon le § 2238 doit être en effet envoyé en « dépôt officiel » (*Amtliche Verwahrung*) à l'*Amtsgericht* (§ 2258) et celui qui a en sa possession un testament qui ne se trouve pas sous dépôt officiel est tenu de le livrer sans retard au tribunal, dès qu'il en a pris connaissance par la mort du défunt (§ 2259). Il faut admettre que cette règle s'applique aux testaments rédigés en Allemagne par des étrangers (selon le § 2248 le testament sous seing privé peut aussi, à la demande du testateur, être envoyé en dépôt officiel).

De même, l'article 1007 du Code civil (présentation du testament olographe au président du Tribunal de première instance qui en ordonne dépôt chez un notaire) doit jouer pour les testaments olographes en France. Enfin, on peut discuter du point de savoir si la prescription du § 2261 B.G.B. s'applique aux successions étrangères : « Si un tribunal autre que celui de la succession (nous connaissons le sens de cette expression en matière juridictionnelle) a le dépôt officiel du testament, il lui incombe d'ouvrir le testament. Le testament doit être envoyé au tribunal de la succession avec une copie légalisée du procès-verbal d'ouverture. Une copie légale du testament est conservée. » Une réponse affirmative ne fait guère de doute (31). La mesure n'est que procédurale et vaut pour tous testaments.

101. — *L'article 999 du Code civil français contient toutefois une*

(31) D. HÖVER : *Die Ablieferung und Eröffnung von letztwilligen verfügungen*. D.F.G., 1937, pp. 134-135.

restriction qui ne se retrouve pas dans l'article 11 de la loi d'Introduction allemande. Le Français à l'étranger n'a que le choix entre l'acte sous seing privé de l'article 970 et l'acte authentique dans les « *formes usitées au lieu où l'acte a été passé* ». La jurisprudence du XIX^e siècle a interprété cet article de manière restrictive. Le principe était la soumission du Français à la forme de la loi nationale. Par dérogation le testament pouvait être soumis à la loi locale. Mais il devait répondre au caractère authentique selon le lieu où il avait été rédigé (32). Ainsi la Cour de Cassation admit la validité d'un testament oral fait à Jérusalem par un Israélite : deux rabbins avaient recueilli par écrit le testament oral, puis l'avaient présenté pour validation au tribunal rabbinique. C'était bien l'authentification exigée de la loi mosaïque (33). Mais cette interprétation au « pied de la lettre » ne tarda pas à contraster avec le libéralisme manifesté pour la forme privée de testaments d'étrangers en France, Hollandais, puis Anglais, à partir de l'arrêt de 1909. Le problème s'est posé de nouveau à l'époque moderne avec les testaments de déportés. En raison des circonstances il ne pouvait être question pour eux d'user de la forme notariée du § 2238, ni même du testament olographe. Le plus souvent ils confiaient leurs dernières volontés à des camarades de déportation par message oral. Force était à la jurisprudence de relâcher sa rigueur. Mais si la règle *locus...* a un caractère très général, on peut s'interroger à l'extrême limite sur la validation du testament nuncupatif reconnu par la loi locale. Selon ce raisonnement, la Cour de Paris admit d'abord la compagne d'un déporté à faire la preuve de la déclaration verbale par laquelle celui-ci, au camp d'Auschwitz, l'avait instituée légataire universelle (34). Le § 34 de l'A.B.G.B., encore en vigueur à l'époque à Auschwitz (Galicie), autorise le testament oral, comme manifestation de volonté recueillie par trois témoins capables et aptes à attester qu'il n'y avait ni erreur, ni dol en la personne du testateur. Mais l'arrêt fut cassé, pour insuffisance de preuve fournie par la demanderesse sur l'application de la loi locale (35). Or un arrêt récent qui appelle plus d'une réserve, a validé la révocation de donation faite par testament verbal d'un déporté, en se retranchant derrière l'interprétation souveraine de la loi étrangère par les juges du fond (36).

Sans doute la Cour de Cassation qui a refusé de casser l'arrêt de la

(32) V. rapport du Conseiller BAYLE-MOULLARD sous Ch. Req., 19 août 1858. D., 1859.1.81.

(33) Ch. Req., 19 août 1858, *op. cit.*, « *Hérit. Senior c/ Abulufia* ».

(34) « *Administ. des Domaines c/ Dame Sorkin* », Cour d'appel Paris, 21 juillet 1953, D., 1954, p. 354, note M. CHAVRIER.

(35) Cass. civ., 8 janvier 1957. *Bullet. Cass.*, 1957.1, n° 9, p. 8. *Rev. Crit. Som.*, 1958, p. 769.

(36) Cour Paris, 23 décembre 1955, « *Veuve Dufrène c/ Cons. Dufrène* », S., 1957.173, note critique J. PRÉVAULT et sur pourv. Cass. civ., 21 avril 1959, *Cl.*, 1959, p. 1152. *Bullet. Cass.*, 1959.1.174.

Cour d'appel a-t-elle été sensible aux faits de la cause. Le défunt avait fait en 1939 donation de l'universalité de ses biens à sa femme. Arrêté et condamné à mort en 1941 pour faits de résistance, sa peine fut commuée en déportation en territoire allemand où il mourut en 1945. De proches parents soutinrent que par déclaration de dernière volonté faite à un compagnon de cellule, le déporté avait entendu révoquer la donation faite à sa femme qu'il soupçonnait de ne pas avoir été étrangère à son arrestation. La déclaration avait été elle-même rapportée à un fonctionnaire français chargé du rapatriement qui en avait dressé procès-verbal. On ne peut que louer les sentiments qui ont amené les conseillers à annuler le testament. Malheureusement la loi locale invoquée en l'espèce était inapplicable. Ni le testament en cas d'urgence (*Nottestament* du § 2250 3°) qui exige procès-verbal par déclaration orale devant trois témoins, ni la loi du 24 avril 1934 sur les testaments faits par des membres de la *Wehrmacht*, qui comportent aussi un écrit (art. 1 § 3 al. 3) ; pas davantage la loi du 28 mai 1948 édictée par le gouvernement militaire britannique pour les individus victimes de persécutions en Allemagne, ne correspondaient à cette forme. La Cour a été trop libérale, si on songe que le droit français lui-même ne reconnaît pas, depuis l'ordonnance de 1735, la valeur juridique du testament nuncupatif ; *on y voit seulement le principe d'une obligation naturelle à la charge des héritiers* (37). Chaque droit édicte certaines règles de forme : c'est apparemment pour garantir la manière dont s'exprimera le testateur et s'assurer qu'elle correspond bien à sa volonté réelle. On retombe sur le problème que nous allons examiner à propos du testament du Hollandais, savoir si la loi nationale peut apporter certaines dérogations à la règle *locus*...

§ 2. — Difficultés soulevées par les prohibitions de tester.

102¹. — L'option ouverte en faveur de la loi locale permet en principe, dans le jeu des conflits entre droit français et droit allemand, d'écarter certaines formes prévues par la loi nationale. Encore peut-on hésiter sur la qualification à donner à des prescriptions qui, si elles visent la capacité du testateur, suppriment l'option. On songe au testament du mineur allemand. En principe un mineur ne peut rédiger un testament qu'à *seize ans* révolus (§ 2229 1°). C'est là une disposition liée à sa capacité, soumise, nous le verrons, à la loi nationale (38). Mais

(37) V. G. RIPERT et J. BOULANGER, t. IV, n° 1948. Les formes extraordinaires de testament exigent un double original en droit français (art. 983).

(38) Encore que certains aient cru y voir une *question de forme*. Ainsi, selon DUPLESSIS (16° *Consult. Œuvres*, t. 1, 1728, p. 871), serait valable le testament fait devant notaire, par un officier français blessé en Espagne à l'âge de 19 ans, alors que la Coutume de Mantes, dont cet officier était originaire, exigeait l'âge de vingt ans, pour valablement tester. L'exigence d'âge ne serait qu'un « caprice » du législateur, non une qualité qui suit la personne en tous lieux.

le § 2247 4° interdit au mineur, quel que soit son âge, de rédiger un testament olographe. Il ne peut avoir recours qu'à la forme solennelle du § 2238. Supposons que le mineur allemand fasse en France un testament olographe. On se demande si le juge français le validera selon la loi locale, contrairement à la prohibition allemande ; en cas de réponse affirmative, si le juge allemand le reconnaîtra ou opposera l'ordre public de l'article 30.

Il faut s'interroger sur le sens de cette disposition. Le droit allemand a admis que le mineur de dix-sept ans était capable de rédiger un testament ; toutefois, certaines précautions s'imposent, en raison de l'insuffisance de son développement intellectuel ; le juge français ne verrait là probablement qu'une restriction apportée à la forme, dont il n'a pas à tenir compte en raison du caractère facultatif de la règle *locus*... Il validerait le testament olographe fait par le mineur allemand en France. Le juge allemand peut hésiter en revanche. La prohibition ne vise en l'espèce qu'une forme déterminée de tester ; le mineur insuffisamment instruit peut céder à des influences. Nous touchons à l'extrême limite de la règle de forme et de la règle de fond, dont l'application ne saurait être écartée. Le juge allemand, en qualifiant *lege fori*, se refuserait sans doute à reconnaître la validité de pareil testament, contrevenant à la loi successorale, la même que celle qui régit la capacité (39).

102². — Le problème s'est posé en termes à peu près semblables sur la portée du § 2235 B.G.B. selon lequel est nulle toute disposition de dernière volonté ou toute nomination d'exécuteur testamentaire, dès lors que le gratifié ou l'exécuteur ont concouru à la confection du testament. Le *Landgericht* de *Zweibrücken* n'y a vu là qu'une prescription de forme, en raison de sa place dans le B.G.B. au chapitre « Confection et révocation d'un testament » (§ 2229 et s.). Il a validé la nomination comme exécuteur testamentaire d'un notaire suisse qui avait rédigé le testament (selon l'article 498 Z.G.B.) (40). La doctrine a critiqué cette décision (41). Elle s'attache, comme pour la prohibition du testament olographe du mineur, au désir d'éviter toute suggestion. Le notaire pourrait conseiller au testateur de le nommer exécuteur testamentaire et se faire consentir par là d'importants avantages. M. RAAPE va même plus loin ; il propose au juge suisse de s'en tenir à la qualification allemande et de prononcer la nullité du testament en écartant la règle « *locus*... ». C'est une invi-

(39) En ce sens FÉRID-FIRSCHING. Z.G., n° 26 (applic. de l'art. 30) contra Robert NEUNER : *der Sinn der internationalprivatrechtlichen Norm (eine Kritik der Qualifikationstheorie)*. Brünn. Prag., 1932, pp. 35-36.

(40) L.G. *Zweibrücken*, 11 novembre 1954. Njw. 1955, p. 1800. Il y avait incertitude sur le point de savoir si le testateur était apatride ou allemand, mais le jugement a admis la validité de la disposition, « qu'il fut allemand ou apatride ».

(41) L. RAAPE : § 2235 in *internationalprivatrechtliches Hinsicht*, Saarl. R.Z., nov. 1954 (5), pp. 65-66 ; KEGEL, *op. cit.*, p. 331.

tation faite au juge étranger de suivre la qualification *lex causæ* proposée par Martin WOLFF ; le juge national se conformerait au classement dans une catégorie juridique déterminée, tel qu'il est compris par le juge étranger (42). La qualification de règle de fond n'a pourtant pas été retenue par l'avant-projet de Convention de La Haye qui précise dans son article 5 : « *Les prescriptions limitant la forme des dispositions testamentaires admises et se rattachant à l'âge, à la nationalité ou à d'autres qualités personnelles du testateur, sont considérées comme appartenant au domaine de la forme. Il en est de même des qualités que doivent posséder les témoins requis pour la validité d'une disposition testamentaire.* » D'autre part, dans la question voisine de la prohibition du testament olographe du Hollandais, la jurisprudence allemande comme la française n'a pas admis que c'était là règle de fond, à qualifier comme le juge hollandais.

103 ¹. — Arrêts français et arrêts allemands apportent en effet la même réponse de principe au célèbre problème de la validité du testament du Hollandais. Peu importe que le législateur néerlandais englobe dans la capacité, l'exigence de la rédaction du testament en la forme authentique selon la loi locale, à l'exception de la nomination d'exécuteur testamentaire et de menus legs (art. 992-982). *Le testament sera valable selon la forme olographe, française ou allemande* (43). Il y a, il est vrai, quelques décisions françaises dissidentes pour le déclarer nul. On a pu voir dans la prohibition de la loi hollandaise une dérogation à la règle *locus regit actum...* à laquelle devrait se conformer le juge étranger ; ce n'est guère admissible en raison du caractère facultatif incontesté de la règle, et de la qualification *lege fori* de chaque juge (44). Dans d'autres cas, on s'est efforcé de limiter la portée de la règle *Locus.....*. Les formes extérieures des actes seraient régies par la loi du lieu où elles ont été passées, mais l'emploi de la forme olographe ne serait qu'une restriction à la capacité de tester (45). On considère alors, non plus la règle de conflit, mais la teneur du droit interne hollandais ; quel que choquant que puisse paraître le résultat, seule la qualification « *lege causæ* » entraînerait la nullité du testament du Hollandais (46), puisque

(42) Désir d'éviter l'atteinte à l' « esprit du droit étranger », WOLFF, *op. cit.*, pp. 50-51, KEGEL, p. 87.

(43) V. concl. Avoc. génér. GREFFIER sous Orléans, 3 août 1859. D., 1859, p. 158. « *Simon Whall c/ Van Often* » (testament olographe rédigé à Paris par une Hollandaise instituant des héritiers domiciliés en Allemagne), princip. posé sous Ch. civ., 25 août 1847. D., 1847.1.275, pour l'Allemagne v. O.L.G. Hamburg, 2 mai 1917, O.L.G.E., n° 35, p. 295. K.G., 15 février 1934, Jhrspr, 1934, p. 156, n° 71. O.L.G., Düsseldorf, 6 févr. 1963. Njw., 1963, 2228.

(44) Trib. civ. Seine, 13 août 1903, Clun. 31, 1904, p. 166.

(45) Trib. civ. Seine, 19 février 1927, Clun., 1928, p. 708, note CRÉMIEU ; pour la Belgique, Cour appel Bruxelles, 9 janv. 1937, Rev. crit. 1938, p. 471, note H.B.

(46) En ce sens L. RAAPE : « *der Notar und internationale Privatrecht* ». D.N.Z.

ce n'est qu'une question de forme en droit français ou allemand. La rédaction authentique n'a pas, dans ces législations, un rôle tel que la validité du testament ne puisse se concevoir en dehors d'elle.

103 ². — Il convient toutefois de remarquer que la nullité du testament olographe a été prononcée dans les situations où seuls des Hollandais étaient en cause. Nous pouvons nous demander *si*, étant prouvé que les Hollandais n'avaient rédigé un testament olographe à l'étranger en faveur de Hollandais que pour échapper aux dispositions de la loi nationale, *la fraude à la loi étrangère pourrait jouer*. Le Code civil hollandais prend soin en effet de prohiber la forme olographe à l'étranger pour conférer une garantie plus grande à la confection des testaments des nationaux (article 1000) et prévenir d'éventuelles manœuvres, comme le précise l'arrêt de 1903. S'il suffit alors pour le Hollandais de prendre le train jusqu'à Liège ou Aix-la-Chapelle pour rédiger un testament olographe, le but recherché par la disposition est manqué.

103 ³. — Certes, du côté français ou allemand, on s'attache beaucoup plus à l'objet de la disposition (écarter certaines formes), qu'au résultat que, par l'emploi de ces formes, elle s'efforce d'atteindre ; *la notion de « forme » s'est développée au détriment de celle de « capacité »* (47). D'autre part, *la Cour de Cassation n'a pas admis jusqu'ici*, comme cause de nullité, *l'utilisation d'une règle du for pour tourner la disposition de la loi étrangère* (48). Si on étendait l'application de la notion de fraude à la loi, on pourrait alors parfois écarter la règle *locus...* pour prononcer la nullité du testament olographe. Un vieil arrêt de la Cour de Toulouse du 11 mai 1850 (49) a bien réservé l'hypothèse de la fraude à la loi française dans le domaine assez voisin de la prohibition du testament conjonctif. La décision, tout en relevant qu'au regard de la loi française ce n'était qu'une règle de forme, a ajouté que le Français s'était présenté « de bonne foi » devant le notaire de Madrid : « On ne pouvait même pas alléguer qu'il s'était rendu en territoire étranger pour se soustraire à la prohibition des articles 968 et 1097 du Code civil français. » La 9^e session de la Conférence de La Haye, très favorable à la validité du testament, a écarté le cas du Hollandais (ou du Portugais pour qui joue la même prohibition). L'article 1^{er} de l'Avant-Projet prévoit que le testa-

1950, p. 189, qui recommande l'emploi de la forme notariée devant le notaire allemand.

(47) V. Thèse de M. BATIFFOL : *La capacité civile des étrangers en France, Influence de la loi française*, Paris, 1929, pp. 161 et 167.

(48) V. Cass. civ., 5 fév. 1929. S., 1930.1.81, critique de M. BATIFFOL dans *Traité*, n° 374.

(49) « Serres », Cour de Toulouse, 11 mai 1850. S., 1850.2.530. En raison de ses effets possibles, nous lions la question du testament conjonctif à celle du contrat successoral (v. ch. 3).

ment sera valable en la forme, s'il répond aux exigences de la loi du lieu de rédaction, ou aux prescriptions de la loi nationale du testateur, ou encore aux prescriptions de la loi de son domicile ou de sa résidence. Ce serait donc obliger le juge hollandais à reconnaître la validité du testament. Mais *l'article 8 réserve la possibilité de l'annuler, pour les seuls biens aux Pays-Bas, si le testateur est décédé dans un Etat autre que celui où l'acte a été rédigé*. Nous ne pouvons nous empêcher de trouver la formule trop étroite, et de regretter l'impossibilité pour le juge étranger, dans le projet, de reconnaître la nullité du testament.

104 ¹. — Aussi fréquentes que les prohibitions de tester, les limites apportées par les droits anglo-saxons à la règle *locus...* sont une cause de nullité des testaments. Le *testateur français ou allemand devra tester en la forme anglaise*, (testament contresigné par deux ou trois témoins) *s'il prend des dispositions relatives à un immeuble en Angleterre* (50). Quant à la succession mobilière, le ressortissant britannique a le choix entre la loi de son « domicile d'origine » et de son dernier domicile (au sens anglais du terme). Au contraire l'étranger devra se conformer à la loi du domicile (« *Decedent Estate Law* » du 3 mai 1919 pour l'Etat de New York). Le résultat peut être une *validité partielle du testament*, valable, comme nous le verrons, pour la succession immobilière en France ou en Allemagne, nul pour les biens mobiliers en Angleterre ou en Amérique. La *nullité est même inévitable en cas de changement de nationalité*. Le Français ou l'Allemand a testé en Amérique, sans observer toutes les règles de la loi locale. Naturalisé Américain et domicilié en Amérique, son testament sera nul. Ainsi en 1928 meurt à *Jamesburg* (New-Jersey) un Américain, ressortissant allemand jusqu'en 1924. Il laisse des immeubles et des meubles tant aux Etats-Unis qu'en Allemagne. Par disposition, prise en août 1920 devant un *public notary* de Jamesburg, il avait institué par testament une fondation en nommant un exécuteur testamentaire en Allemagne. Un second testament, passé à Dresde en juillet 1922 au cours d'un voyage en Europe, modifia quelques clauses du premier. La question de la validité de la disposition fut soulevée devant le tribunal de Dresde, où l'exécuteur testamentaire réclama un certificat selon le § 2369 B.G.B. Aucun des deux testaments n'était valable au regard du droit du New-Jersey, faute de contreseing de deux témoins. En présence de cette disposition impérative, l'O.L.G. a limité la validité du testament aux immeubles allemands, en appliquant à la forme du testament le renvoi qui s'imposait pour le fond (51). Il est inutile d'insister sur le *caractère fâcheux de*

(50) *Der Notar und das internationale Privatrecht*, L. RAAPE. D.N.Z., 1950, p. 188. L. RAAPE : *Staudingers Kommentar zum B.G.B.*, tome VI, 1931, p. 686.

(51) *Insoweit die Vererbung der in Deutschland gelegenen Grundstücke in Betracht kommt, sich auch die Formgültigkeit der von dem Erblasser errichteten letztwilligen Verfügungen nach dem deutschen Recht beurteilt*. O.L.G., Dresden, 6 mai 1930 (autant qu'on considère la transmission des immeubles en Allemagne, la validité des dispo-

pareille solution qui va directement à l'encontre de la volonté du défunt, quant aux biens situés en Amérique (52).

104 ². — A l'inverse, on peut supposer qu'un Anglais a testé en la forme anglaise sur des biens en Belgique ou en France et soit devenu allemand par la suite. Le testament devrait être nul, puisqu'il ne correspond ni à la loi nationale du défunt, ni à la loi locale à l'époque de la rédaction (article 11 de la loi d'Introduction). Il sera toutefois reconnu valable par le juge allemand en application de la disposition assez ambiguë de l'article 24, alinéa 3 : « Qu'un étranger qui a pris ou révoqué une disposition testamentaire, vienne à acquérir la nationalité du Reich, la validité de cette disposition ou de cette révocation est appréciée selon les lois de l'Etat auquel il appartenait au temps de la disposition ou de la révocation » (53). Les auteurs restent divisés sur la portée de cette clause. On s'accorde en général à reconnaître que la « validité de la disposition ou sa révocation » ne vise que la capacité et la forme du testament. Mais tandis qu'on valide le testament de l'étranger devenu allemand, selon l'ancienne loi étrangère, *on ne peut pas raisonner par analogie pour l'Allemand devenu étranger* (54).

L'avant-projet risque encore à cet égard de ne pas mettre fin à toute discussion. Car si l'article 1^{er} prend en considération la nationalité ou le domicile du testateur, soit au moment de la rédaction, soit à celui du décès, l'article 3 réserve les règles des Etats contractants qui ne reconnaîtraient pas la validité d'une disposition selon une des formes de l'article 1^{er} (c'est-à-dire pratiquement les pays anglo-saxons).

On voit, en fin de compte, les incertitudes et les difficultés qu'entraîne la rédaction d'une disposition testamentaire, tant pour la loi applicable à son contenu, que pour la forme même de l'acte. La frontière des notions de « forme » et de « fond » demeure très mouvante. Il nous reste à examiner les problèmes particuliers que soulève un mode contractuel de dévolution pour en terminer avec la question de la loi applicable.

sitions de dernière volonté prises par le défunt s'apprécie selon le droit allemand). I., Prspr., 1931, p. 180, n° 95. V. pour la validité d'un testament rédigé par un citoyen allemand, mort domicilié à Queens (Etat de New York), selon le § 21, « Decedent Estate Law », A.G. Wolfhagen, 5 nov. 1958, (t. VI, 200/58 *Communic. Institut Max Planck*).

(52) Pour une sépar. des problèmes de fond et de forme, et l'emploi du renvoi dans le seul cas où comme ici, il sert à valider le testament. G. BEITZKE : « *Nachlassspaltung und Testamentsform* » *Festschrift Lewald*, Basel, 1953, p. 241.

(53) Trad. « *Code civil allemand* », *op. cit.*, p. 106.

(54) RAAPE, *op. cit.*, p. 402. FIRSCHING, *op. cit.*, D.N.Z., p. 338.

CHAPITRE III

PROCEDES CONTRACTUELS DE DEVOLUTION

Nous entendons sous ce titre tout accord de volontés par lequel une personne se voit reconnaître des droits relatifs à une succession non encore ouverte. Peu importe la forme que revêt cet accord, que ce soit le contrat successoral classique, ou encore le testament conjonctif par lequel deux personnes s'instituent réciproquement héritières. Ces actes revêtent *un caractère mixte* : ils sont *à la limite du droit successoral et du droit des contrats*. La question se pose donc de savoir dans quelle mesure les règles de rattachement des successions testamentaires jouent. Le problème est beaucoup plus important en droit allemand qu'en droit français : le B.G.B. consacre trente-sept articles § 2265-2302 au testament conjonctif et au contrat successoral ; le droit français, au contraire, édicte la prohibition à peu près complète de ces dispositions, à l'exception de l'institution contractuelle de l'article 1082. Nous commencerons par le testament conjonctif, le plus proche des dispositions testamentaires normales.

SECTION I

TESTAMENTS CONJONCTIFS

105. — On sait que le *Code civil*, dans son article 968, *défend à deux ou plusieurs testateurs de faire leurs testaments respectifs dans « un même acte »*, c'est-à-dire dans un seul contexte. Pour justifier cette interdiction, on invoque en général la nécessité pour chaque testateur de pouvoir révoquer une disposition antérieure : il n'oserait le faire de peur de rendre caduque la disposition de l'autre. En fait, chacun peut ultérieurement revenir sur un legs, sans modifier celui de l'autre. Le motif le plus puissant est l'étroite dépendance intellectuelle à l'intérieur d'un même écrit, de deux actes dont l'un est la cause de l'autre. L'article 17

de l'ordonnance de 1735 qui supprima cette forme de testament, y voyait une variété de pacte sur succession future, prohibé en droit français (1). Au contraire, le droit allemand s'inspire des précédents du *Gemeines Recht* ; il admet la validité du testament conjonctif entre époux dans les § 2265 et suivants B.G.B., soit que les époux se contentent de s'instituer réciproquement héritiers, soit qu'ils stipulent qu'au décès du survivant la succession devra échoir à un tiers (enfant ou parent, § 2269). Il faut admettre dans cette dernière hypothèse, qu'en cas de doute, le tiers est institué pour l'ensemble de la succession du dernier mourant.

La forme du testament conjonctif reste simple. Pour le testament authentique recueilli devant le juge, ou notaire, on se contente d'une déclaration orale, ou de la remise d'un ou deux écrits, accompagnée de la déclaration que c'est bien là le contenu des dernières volontés communes. Quant au testament olographe rédigé par un des époux, il devient conjonctif si l'autre époux ajoute que ce testament doit valoir comme le sien. La déclaration doit être signée et contenir des indications de jour et lieu (§ 2267 B.G.B.). En principe les dispositions contenues dans un testament conjonctif sont révocables à volonté. Mais si un époux n'a pu prendre de dispositions qu'en fonction de celles de l'autre (*Korrespondente Verfügungen*), toute révocation des dispositions de l'un entraînera celles de l'autre (§ 2270). C'est essentiellement une *question d'interprétation de la volonté du testateur*. Chaque époux peut d'ailleurs autoriser expressément l'autre à disposer librement par la suite. Dans les cas où on hésite sur l'interdépendance, elle est de règle quand un époux prend une disposition en faveur de l'autre ou quand, en cas de survie du gratifié, un proche parent de l'autre époux reçoit lui-même une attribution (§ 2270 2°). Le testament conjonctif ne diffère plus, dans ces cas, du contrat successoral que par la forme (2).

106. — On peut penser, pour les raisons exposées plus haut, que le droit français considère la prohibition du testament conjonctif comme une règle de fond. Mais la jurisprudence, en droit interne, a atténué l'interdiction en ne s'attachant qu'à une définition formelle du testament conjonctif. Elle a admis par exemple que deux testaments, au recto et au verso d'une même feuille, ne constituaient pas un testament conjonctif. Aussi, en droit international, la qualification de forme prévaut, depuis un arrêt de la Cour d'appel de Toulouse du 11 mai 1850 (3). La Cour a étendu par analogie la solution donnée par un vieil arrêt de la Cour

(1) Cf. PLANIOL-RIPERT par TRASBOT et LOUSSOUARN, T. V, n° 528 ; RIPERT et BOULANGER, tome IV, n° 2022.

(2) Le § 2271 prévoit que la mort de l'autre époux éteint le droit à révocation qui, comme en matière de contrats successoraux, s'opère devant le notaire ou le tribunal.

(3) Cour de Toulouse, 11 mai 1850. S., 1850.2.530 (« Serres, op. cit. »).

de Cassation du 22 juin 1813 en matière de donations entre époux (4). La Cour de Cassation avait reconnu la validité d'une donation mutuelle entre époux, faite valablement sous l'empire du droit intermédiaire, malgré l'interdiction de l'article 1097 C. civ., récemment abrogée par la loi du 6 novembre 1963. Elle s'était refusée à y voir une « incapacité légale », puisque les époux pouvaient se faire des donations par actes séparés. De même, deux époux français pourront valablement rédiger un testament conjonctif à Berlin, dans les formes de la loi locale. « Les prohibitions des articles 968 et 1097 C. civ., selon les motifs du Tribunal de la Seine... visent seulement un mode de disposer qu'elles condamnent en raison de sa forme et des inconvénients qui s'y rattachent » (5). Le testament sera donc exécutoire sur les biens en Fance, à condition de respecter les règles du Code civil sur le fond.

107 ¹. — La question de la *validité du testament conjonctif fait en Allemagne par l'étranger, malgré les dispositions de sa loi nationale*, se pose au juge allemand. L'interdiction se retrouve dans un grand nombre de codes étrangers : article 977 du Code néerlandais, article 761 du Code italien, article 689 du Code espagnol. Martin WOLFF a proposé à cet égard une distinction selon le but poursuivi par le législateur étranger : s'il ne s'agit comme en France que de protéger le testateur contre une influence illicite, la prohibition n'est qu'une règle de forme, et le juge allemand doit admettre la validité du testament conjonctif fait par le Français. Au contraire, le testament de l'Italien sera nul puisque le droit italien s'efforce d'assurer la libre révocation de l'acte, question de fond (6). Ce critère répond au système de qualification *lege causæ* de M. WOLFF. Mais *il suppose*, de la part du juge, *une recherche de la raison d'être de la règle étrangère*, bien complexe. Il est inexact d'avancer que le législateur français a interdit le testament conjonctif par crainte des influences qui s'exerceraient sur le testateur. L'interdiction du Code italien est rédigée dans les mêmes termes (7), et on ne peut se fier uniquement à la place dans le Code (conditions générales ou règles de forme) de l'interdiction.

107 ². — Le problème se révèle délicat quand ne joue pas, comme nous le verrons, le renvoi à la loi allemande. Il semble bien que les juges

(4) Cass. 22 juin 1813 « *De Baudrécourt c/Frégeville* », *Répert.* DALLOZ, mot « *Dispositions entre vifs et testamentaires* », (1856, t. 16), n° 2458, note 1.

(5) Trib. civ. Seine, 23 déc. 1881. Clun., 1882, p. 322 — voy. Trib. civ. Mulhouse, 19 janv. 1950 (*Roethlisberger*), *op. cit.*, Clun., 1951, p. 210. *Rev. crit.*, 1951, p. 134, note Yvon LOUSSOUARN. J.C.P., 1952, 6845, note critique DELAUME-FLATTET (pacte successoral selon le droit neuchâtelois qualifiée à tort de testament conjonctif).

(6) M. WOLFF, *op. cit.*, p. 230.

(7) Pour la critique de la théorie de M. WOLFF, v. P. NEUHAUS, « *Gemeinschaftliche Testamente Amerikanischer Erblasser* » (1^{re} part. de l'art. de Mm. NEUHAUS et GÜNDISCH). *Z. für intern. Pr.* 1956, pp. 558-559.

allemands ne voient qu'une question de forme dans la possibilité de rédiger en Allemagne un testament conjonctif : ainsi, un Espagnol originaire des Canaries et mort domicilié à Hambourg, aura valablement fait avec son épouse un testament conjonctif, même si le droit espagnol prévoit la nullité d'un pareil testament valable selon la loi du lieu de rédaction (article 733) (8). Mais, selon un arrêt du *Reichsgericht* du 1^{er} mars 1881, il faut s'en référer, pour tout ce qui concerne le contenu, à la loi successorale qui était à l'époque la loi du dernier domicile (9). En l'espèce, les époux mariés et domiciliés dans la Ruhr (territoire prussien où s'appliquait l'A.L.R.) avaient par un même acte institué leurs enfants, tout en réservant au survivant l'usufruit de la succession. La femme mourut en Rhénanie, où était applicable l'article 968 du Code civil ; l'Administration fiscale attaqua la validité du testament. La *Reichsgericht* se refusa à prononcer la nullité du testament : la prohibition ne lui paraissait pas devoir remettre en cause un testament valablement rédigé sous l'empire de l'A.L.R. ; mais il était nécessaire d'apprécier le contenu du testament selon le droit rhénan (10). C'est, en fin de compte, le *cumul* qui a prévalu. La loi successorale devait s'appliquer aux rapports réciproques des héritiers, au droit des gratifiés, aux limitations éventuelles de l'attribution par la légitime ou par la réserve.

108. — Pourtant ce système n'est guère satisfaisant, car le *droit successoral peut effacer les effets les plus importants du testament, en s'opposant à la validité de la forme* (11). On songe au Français qui, après avoir testé avec sa femme par acte conjonctif en Allemagne sur des biens allemands, prend, de retour en France, une disposition testamentaire révoquant le testament antérieur ; ceci ira à l'encontre d'une éventuelle irrévocabilité en cas d'interdépendance des dispositions (§ 2270 B.G.B.). Un changement de nationalité aura la même conséquence : l'Allemand émigré en Amérique, devenu citoyen américain ou apatride, rédigera un nouveau testament de contenu différent. *Il paraît alors opportun, comme le propose M. KEGEL, de dissocier la question du lien de celle des effets du testament* (12). S'il semble logique de ne pas reconnaître les effets d'un testament conjonctif pour atteinte à la réserve, il ne l'est pas de permettre éventuellement une modification unilatérale : *la seule loi que les parties ont pu connaître est celle du moment de la rédaction*. Un changement ultérieur de statut ne doit pas remettre en

(8) (Az. 75 VI 3106/57 G. 340/57), 1958, *Communic. Instit. Max-Planck*, en ce sens NEUHAUS, p. 560.

(9) R.G., 1^{er} mars 1881 « Klewitz », PucheltsZ. 13 (1882), p. 78 (t. XI).

(10) « Diese Vorschrift sei aber nicht als ein absolutes Verbotsgesetz, mit der Bedeutung anzusehen, dass auch einem Testamente der Art welches unter den Voraussetzungen Wirksamkeit versagt werden müsste ».

(11) Cf. NEUNER, *op. cit.*, p. 39.

(12) KEGEL *Intern. Privatrecht, op. cit.*, pp. 329 et 332, contr. NEUHAUS, p. 560.

cause la validité du testament. C'est pratiquement ce qu'a admis la Cour de Cassation dans son arrêt de 1813, et en droit allemand la solution trouve un appui dans la matière des conflits de lois dans le temps. L'article 214 2° de la loi d'Introduction a prévu une disposition transitoire, suivant laquelle la question de savoir si les parties peuvent être liées par un contrat successoral ou un testament conjonctif rédigé antérieurement au B.G.B., s'apprécie d'après cette législation antérieure, même si le *de cujus* est mort postérieurement à la promulgation du B.G.B. On peut, par analogie, admettre que le Français qui sera lié en Allemagne ne pourra prendre de dispositions contraires que selon les prévisions du B.G.B. C'est une *dérogation importante, apportée à la compétence de la loi successorale, qui est contraire, rappelons-le, à la position de la Cour de Cassation en matière de succession testamentaire. A fortiori*, il semblerait que la dérogation soit encore plus grande pour le contrat successoral. Le statut des actes juridiques aurait autant de titres à s'appliquer que le statut successoral. On constaterait une fois de plus l'interférence des conflits dans le temps et dans l'espace.

SECTION II

CONTRATS SUCCESSORAUX

109 ¹. — On connaît les différences qui séparent encore sur ce point le droit français du droit allemand. Contrairement aux précédents romains, *les droits germaniques se sont toujours montrés très favorables aux pactes successoraux* (13), qu'ils fussent conclus par les futurs époux dans leur contrat de mariage ou par des tiers au profit des époux. Un tel usage s'expliquait à l'époque où le testament était inconnu ou fort rare. Mais en Allemagne la validité des contrats successoraux devait résister à la « réception » du droit romain ; et KOCH, au XVIII^e siècle, y voyait une *source de dévolution* prenant rang à côté de la succession *ab intestat* et testamentaire (14). Tandis que le Code civil prohibait en principe dans les articles 1130 et 1389 toute attribution sur une succession non encore ouverte, le Code prussien autorisait tant l'institution d'héritier, que la renonciation à succession entre les mains du *de cujus* (articles 617, 649, 650, A.L.R.). Une seule limite était apportée à la validité des pactes : ceux qui concernaient la succession d'un tiers devaient requérir le consen-

(13) V. sur ces points M. NAST : « *de la prohibition des pactes sur succession future* », Paris, 1905, *op. cit.*, (examen critique), III^e Part., p. 377, s., n^{os} 392-417.

(14) KOCH, § 7, Comment. cit. NAST, p. 400 « *In Germania triplicem habemus successionis rationem, vel ex pacto, vel ex testamento, vel ex lege* ».

tement de l'intéressé (15). Le B.G.B. a à peu près suivi le système de l'A.L.R. ; toutefois le § 312 prononce la nullité du contrat sur la succession d'un tiers encore vivant ; encore l'alinéa 2 formule-t-il une réserve : les héritiers futurs peuvent conclure un contrat sur la répartition de leur part légale ou de leur droit à la légitime, dans le cas où l'un d'eux, par exemple, se serait expatrié (16).

Si on met donc à part le § 312, les § 2274 et s. du B.G.B. autorisent de la manière la plus large les variétés de contrats successoraux : le testateur peut instituer directement le cocontractant comme héritier de tout ou partie de la succession (*einseitiger Erbvertrag*) ; les deux contractants ont la possibilité de se désigner réciproquement comme héritiers dans un même contrat (*gegenseitiger Erbvertrag*), ou encore de désigner un tiers qui jouera le rôle d'« arrière héritier » (*Vertragsnacherbe*) analogue à celui du grevé de substitution. Les institutions d'héritiers, les legs et charges sont les seules dispositions qu'on puisse prendre par contrat d'hérédité (§ 2278 2°). La forme des pactes est plus simple que celle des testaments : on se contente de la présence simultanée des deux parties devant un juge ou un notaire (§ 2276 1°). Comme le testament, le contrat successoral crée vocation à la succession. Mais à sa différence il interdit toute disposition postérieure à cause de mort qui porterait atteinte au droit du gratifié par contrat (§ 2289 1°). Si les donations entre vifs restent possibles, une limite est apportée par le principe de l'enrichissement injuste (*ungerechtfertigte Bereicherung*, § 2287). Toute donation faite en vue de nuire aux droits de l'institué ouvre à ce dernier une action contre le donataire, prescriptible par trois ans, pour obtenir la restitution de la donation.

109 ². — *L'institution d'héritier* est ainsi admise de la manière la plus large, et ne se limite pas, quant aux personnes qui peuvent l'exercer, aux époux et aux fiancés, comme on l'avait initialement proposé au moment de la rédaction du B.G.B. Le contrat successoral peut d'ailleurs être lié au contrat de mariage et en revêtir la forme (17). D'autres législations moins larges que le B.G.B., comme l'A.B.G.B. autrichien qui a subi l'influence du Code civil, n'ont retenu au contraire le contrat successoral qu'entre époux ou fiancés si le mariage s'ensuit (§ 602, 1249 A.B.G.B.).

A côté de l'institution d'héritier, le B.G.B. admet de même la renonciation par contrat, soit du gratifié au legs (§ 2352), soit de l'héritier à la part légale ou à la « légitime » (§ 2346). L'héritier renonçant est alors exclu de la succession. Ces indications sommaires permettent ainsi de mesurer la possibilité offerte par contrat de modifier plus ou moins

(15) Certaines législations, comme le Code bavarois, ne contenaient même pas cette réserve.

(16) V. comm. SALEILLES, sous § 312. Trad. B.G.B. et NAST, *op. cit.*, pp. 405-406.

(17) Cf. K. FIRSCHING : « *Der Ehe und Erbvertrag in deutschen, österreichischen und schweizerischen Recht*. D.N.Z., 1954, pp. 230-231.

les règles légales de dévolution. On peut donc aussi se demander si en droit international une dérogation au statut successoral normalement compétent au profit d'un rattachement contractuel est concevable.

110 ¹. — La question ainsi posée *en droit français* se résout classiquement par la négative. Tant en raison de l'irrévocabilité du contrat que de son objet même, (le patrimoine, en tant que tel, étant hors du commerce juridique), *le pacte sur succession future* conclu, par exemple, entre un Français et sa fille mariée à un Allemand, *sera nul*. Les auteurs invoquent volontiers le caractère d'ordre public de la prohibition (18). Mais la jurisprudence ne s'est prononcée en général que sur la nullité du contrat portant sur des immeubles en France, pour atteinte aux dispositions de la loi française sur la réserve. On peut donc se demander si c'est pour ce motif particulier ou pour une condamnation plus générale du procédé contractuel (19).

En fait, *par divers moyens, le contrat successoral sera validé*. Certaines décisions, comme celles du Tribunal civil de Mulhouse du 19 janvier 1950, ont qualifié de testament conjonctif le pacte successoral par lequel des frères et sœurs avaient décidé qu'au décès de l'un d'eux les survivants hériteraient des biens du défunt par parts égales. Le tribunal admit que, selon l'article 968 du Code civil, l'interdiction du testament conjonctif n'était qu'une règle de forme (20) ; le pacte, soumis au droit du canton suisse de Neuchâtel, pouvait recevoir exécution sur les immeubles en France, notamment en ce qui concernait les pouvoirs de l'exécuteur testamentaire désigné dans le pacte. Il semble qu'il y ait eu là *fausse qualification pour valider l'opération juridique*.

110 ². — Un autre motif plus valable apparaît à travers les lignes de la même décision. La volonté du défunt permettait au pacte de produire effet sur les biens situés en France. *L'extension croissante donnée* par la jurisprudence française *à la notion de pacte sur succession future*, et notamment la condamnation de la clause de reprise de fonds de commerce propre de l'époux prédécédé, *peut se révéler fort gênante* en matière internationale. *Déjà une réaction se fait sentir en droit interne. La loi du 6 novembre 1963* abrogeant l'art. 1097 C. civ. et autorisant les donations mutuelles entre époux *en est peut-être le signe*. Le contrat successoral garde un caractère mixte ; si SAVIGNY préconisait la soumission du contrat successoral à la loi du domicile du défunt, c'est qu'il y voyait *la présomption que la loi du domicile était celle du lieu d'exécution du*

(18) Cf. Roger VOUMARD : « Des conflits de lois en matière de transmission et de paiement des dettes héréditaires (spécialement en droit suisse, français, anglais). Paris-Lausanne, 1940, p. 176.

(19) V. Cour appel Colmar, 19 février 1949. Rev. Crit. 1950, p. 53, note H. BATIFFOL.

(20) V. note crit. DELAUME-FLATTET sous art. déjà cit. J.C.P. 1952, 6845.

contrat (21). Un arrêt de la Cour de Cassation a implicitement fait appel au rattachement contractuel, pour valider une promesse d'égalité, nulle selon la loi successorale (22). On sait que le droit français, par exception à la prohibition générale des pactes, admet l'institution contractuelle ou donation de biens à venir, en particulier une de ses variétés, la promesse d'égalité (23). Le père promet dans le contrat de mariage d'un de ses enfants de ne pas rompre à son détriment par une attribution de quotité disponible, l'égalité avec ses frères et sœurs. En l'espèce, un Allemand originaire de Hambourg, et établi à Bordeaux, s'était engagé avec sa femme, dans le contrat de mariage de son fils, à ne consentir aucun avantage à sa fille, mariée à un Allemand. Le fils décéda le premier, et selon l'article 1082 2° C. civ., le bénéfice de la promesse, en cas de survie du donateur, était présumé revenir aux enfants et descendants à naître. Or ce fils, Gustave Meyer eut lui-même une fille mariée à un Français, et devenant Française par son mariage. La grand-mère allemande revint alors sur la promesse faite dans le contrat de mariage, et fit un legs préciputaire à sa fille allemande, la sœur de Gustave Meyer. Elle ne laissait à la petite-fille devenue Française, Madame Chantecaille que le 1/6 de la succession, selon le droit en vigueur à l'époque à Hambourg. Au décès des époux Meyer, Madame Chantecaille assigna la fille allemande en liquidation et partage de la communauté et de la succession. La question de la validité de la promesse d'égalité se trouva posée. Successivement le Tribunal, puis la Cour de Bordeaux, en reconnurent la validité, et la Cour de Cassation repoussa le pourvoi formé par la fille allemande. La succession devait être partagée pour moitié entre elle et Madame Chantecaille, en application de la promesse d'égalité. Or, si les époux Mayer avaient résidé de longues années en France ils n'y avaient jamais été admis à domicile. Leur succession exclusivement mobilière restait soumise à la loi hambourgeoise du domicile d'origine, qui, sous l'influence du droit romain, condamnait la promesse d'égalité. Invitée à choisir entre le statut successoral allemand et le droit français, vraisemblablement le droit du régime matrimonial, la Cour de Cassation a reconnu la promesse d'égalité comme valable selon la loi française, « fut-elle considérée par la loi allemande comme contraire à l'ordre public ». Les motifs de l'arrêt sont du reste assez obscurs, mais le rapport du Conseiller Demangeat montre que *le rattachement à la loi du contrat de mariage prévalut sur le rattachement successoral* (24).

111. — C'est le système qui paraît le plus souhaitable : certes il

(21) SAVIGNY, *op. cit.*, § 377, pp. 309-310.

(22) « Becker c/Chantecaille », Cass. Req., 20 février 1882, S., 1882.1, p. 145, rapport Cons. DEMANGEAT, note LABBÉ, D.P. 1882.1.119.

(23) V. G. RIPERT et J. BOULANGER, *Traité de droit civil*, t. IV, n° 3774.

(24) L'arrêt a pu être interprété comme n'admettant pas la notion de domicile d'origine, v. comment. de BARTIN, Cours polycopié, droit international privé 1930-1931 (partie spéciale, *Empire de la lex rei sitæ*, p. 249).

n'est pas exclu que des circonstances de fait aient joué en 1882, notamment le désir de ne pas réduire la part d'un descendant devenu Français par son mariage (25). On a pu faire valoir que les libéralités sont distinctes du régime matrimonial même, mais *elles n'en sont pas moins liées en la forme au contrat de mariage*. Au surplus, il est bien difficile par exemple de séparer d'un régime de communauté réduite aux acquêts la clause du contrat de mariage par laquelle le conjoint survivant se réserve le droit de retirer certains biens de la communauté, notamment des parts de société en nom collectif, moyennant indemnité (26). Faut-il qu'une disposition valable selon le régime matrimonial des époux devienne nulle en vertu de leur statut successoral en cas de changement de statut ? Pour faire écho aux motifs d'un arrêt du *Reichsgericht* de 1895 on peut considérer comme de nature matrimoniale toutes « dispositions inséparables du régime de communauté, en particulier celles qui se rapportent au partage de la masse commune, même si extérieurement elles paraissent du domaine successoral » (27).

111 ². — Il est donc regrettable que la jurisprudence française ne se soit pas orientée vers ce système. La *Cour de Cassation* a appliqué, postérieurement à l'arrêt de 1882, la *loi successorale* à l'institution contractuelle, du moins immobilière. Dans deux cas, elle a validé l'institution contractuelle portant sur des immeubles en France, malgré la prohibition formulée par le statut du défunt, espagnol ou italien (28). Mais *aucune solution nette n'a pu être dégagée pour l'institution mobilière*. L'arrêt *Garcia de la Palmira*, de 1884, a bien appliqué la loi espagnole du domicile du défunt prohibant la donation précipitaire par contrat de mariage ; il convient d'observer qu'à la différence de l'arrêt de 1882, la loi italienne du contrat de mariage ne reconnaissait pas davantage la validité de l'institution. Et dans l'arrêt de 1924 la loi successorale était aussi celle du régime matrimonial.

111 ³. — Une dernière solution a pu être proposée en doctrine : soumettre les donations par contrat de mariage à la même loi que celle qui régit les donations pendant le mariage, considérées comme effets du mariage. Avant 1933, la jurisprudence faisait rentrer la faculté de

(25) V. note LABBÉ sous arrêt précité. M. BATIFFOL (Traité, p. 718, note 12), n'attache aucune signification particulière à l'arrêt.

(26) Exemple emprunté à R.G., 16 mars 1938. S.A., tome 92 (1938), p. 232.

(27) R.G., 25 octobre 1895. E. 36 (n° 81), IV, p. 331 : « müssen alle Vorschriften, welche sich auf die Teilung des gemeinschaftlich gewesenen Vermögens... und die Verfügungsbefugnis des Überlebenden... beziehen, als güterrechtliche, nicht als erbrechtliche behandelt werden, weil Sie mit dem Wesen der Gütergemeinschaft in untrennbarem Zusammenhange stehen und aus demselben hervorgehen. »

(28) Cass. civ., 2 avril 1884, Clun., 1885, p. 78 (*Garcia de la Palmira*). Cass., 7 mai 1924, Clun., 1925, p. 127 (*veuve Maglia*) pour le système de rattachement à la loi successorale, rap. de M^e PESTOURIE, 58^e Congrès des Notaires de France, Nice, 1960, pp. 186-188.

disposer dans le statut successoral. *L'arrêt Ibrahim Hilmy* de 1933 a soumis les donations à la loi personnelle des époux, mais *n'a fait probablement aucune distinction entre les donations et la loi successorale* encore sous influence « personnaliste » (29). La détermination de la loi personnelle pose au surplus de nombreux problèmes, notamment celui de savoir si on doit, depuis l'arrêt *Rivière*, appliquer celle du dernier domicile commun des époux. Mieux vaudrait ne pas lier au hasard de la loi successorale, la donation valable selon la loi du contrat de mariage, ni étendre aux contrats successoraux la distinction meubles-immeubles qui prévaut pour les successions *ab intestat* et testamentaires. Tout au plus, *pourrait-on réserver l'application de la loi successorale aux contrats conclus indépendamment du contrat de mariage.*

112. — Un examen du droit allemand révèle qu'il ne peut être question, là non plus, de faire jouer une loi autre que la loi successorale. Les tribunaux partent d'une qualification *lege fori* et considèrent le contrat comme le testament, source de transmission successorale. Il ne sera jamais valable au regard du juge français. *Si un Français habitant en Allemagne passe un contrat successoral en dehors de tout contrat de mariage, ce contrat sera en principe nul* (30). Mais pour le juge allemand il faut distinguer du véritable pacte, l'institution unilatérale par voie contractuelle. Un Allemand institue valablement sa fille mariée à un Français ou un Italien. Peu importe la nationalité de la fille ; seul le statut successoral du *de cujus* est pris en considération. Mais si ce même Allemand conclut, par exemple, un pacte bilatéral avec sa sœur mariée autrichienne, la disposition sera nulle, comme contraire au § 1249 A.B.G.B. On reconnaît dans ce cas la nécessité d'une application *cumulative* des deux statuts successoraux en présence (31) et selon le § 2298 1° B.G.B. la nullité d'une des dispositions en cas d'institution réciproque d'héritier, prive d'efficacité l'ensemble du contrat. Le § 3 du même article écarte cette conséquence en cas de volonté contraire des contractants. Aussi pourrait-on peut-être sauver la validité du pacte, en le convertissant en un simple testament fait par l'Allemand (31 bis).

C'est, nous semble-t-il, se montrer trop exigeant pour la validité du contrat successoral. *La loi successorale devrait, au moins comme pour le testament conjonctif, s'effacer devant la loi contemporaine du contrat,*

(29) Cass. Req., 15 mars 1933. S., 1934.1.393, note H. BATIFFOL.

(30) Cf. A. NUSSBAUM, *Deutsches Internationales Privatrecht*, 1932, p. 365, WALKER, p. 924.

(31) RAAPE : « *Der Notar und das international Privatrecht*. D.N.Z., 1950, p. 195. FIRSCHING : « *Ehe und Erbvertrag* ». D.N.Z., 1954, p. 247.

(31 bis) On peut comprendre dans le même sens les efforts de l'O.L.G. de Düsseldorf pour ne voir dans le contrat successoral d'époux hollandais, que des dispositions séparées, pouvant être révoquées sans observer les formes de la loi hollandaise. Düsseldorf, 6 fév. 1963.

en cas de changement de statut. Un ancien citoyen allemand, devenu français, a pris, postérieurement au contrat, une disposition testamentaire contraire. Un changement de nationalité ne devrait pas être pour lui une occasion de rompre le contrat bilatéral. Mais la jurisprudence s'est contentée d'examiner si l'« ordre public international » s'opposait à reconnaître l'effet de contrats ou de renonciations antérieurement conclus. Bien que les Cours inférieures aient manifesté quelques hésitations (32), le *Reichsgericht*, après avoir admis une application cumulative de la loi de rédaction du contrat et de la loi successorale (33), *s'est orienté vers l'application de la seule loi successorale* (34). Il n'a pas cru possible, comme en matière testamentaire, de réserver une place à la volonté du défunt.

113. — Ainsi l'étude de la détermination de la loi applicable, en droit allemand comme en droit français, ne révèle aucun rapprochement à partir de la position initiale ; loi du domicile et loi de la situation des biens, d'un côté, loi nationale de l'autre, s'opposent pour la succession testamentaire et contractuelle comme pour la succession *ab intestat*. Le droit allemand, bien moins que le droit français, n'est guidé par le souci de sauvegarder la validité des testaments et renforce le caractère impératif de règles de conflit. On ne peut donc aboutir à la reconnaissance de part et d'autre du rôle de la volonté des parties.

Mais le droit international ne peut se borner à désigner la loi applicable. Les *règles matérielles étrangères*, dont l'application est commandée par la règle de conflit, *doivent s'adapter à l'ordre juridique du for*. Bien souvent, les concepts du droit étranger s'insèrent mal avec ceux du for ou entrent en conflit avec eux. L'étude de ce phénomène d'adaptation — *Anpassung* — dans le domaine d'application de la loi successorale fera l'objet de notre III^e Titre (35). Nous en excluons tous les problèmes soulevés par les relations entre deux masses successorales distinctes. Sans doute existent-ils déjà dans le système français ; la réintroduction dans notre IV^e Titre, des conflits de système, positifs ou négatifs, nous montrera que le droit allemand doit faire face aux mêmes problèmes que ceux qui se posent en droit français, malgré sa volonté de faire régir par une seule loi l'ensemble de la masse successorale.

(32) V. notamment O.L.G., Colmar, 22 nov. 1895. *Els. Lothr. Z.*, 1896, t. 21, p. 212, n° 63. D., 1898.2.238, validité de la renonciation à succession des ascendants d'une personne anciennement domiciliée à Bâle, bien que la loi successorale applicable fut la loi française, alors en vigueur au dernier domicile de Berne.

(33) R.G. (3^e Civ.), 7 mars 1893, t. 31, n° 29, p. 154. V. déjà O.A.G. *Lübeck*, 17 mars 1874. S.A., t. 34, n° 105.

(34) R.G., 19 avril 1898, t. 41, n° 87, p. 350, v. « *Debrus* », 1957, G., 73/56 sur dem. A.G. *Düsseldorf* (communic. de l'Institut Max-Planck), défunt belge ayant pu, par un testament postérieur, revenir sur les dispositions du contrat successoral.

(35) Pour cette conception élargie du droit international privé, v. G. CANSACCHI, *Le choix et l'adaptation de la loi étrangère dans le conflit de lois*, Cours Académ. droit international, Leyde, 1953, p. 115.

TITRE III

CHAMP D'APPLICATION DE LA LOI SUCCESSORALE

114 ¹. — *La succession, il ne faut jamais l'oublier, forme un tout.* Nous verrons que les conflits de systèmes auront précisément pour résultat de poser le problème de la coexistence de deux droits différents appliqués à une même succession. Mais en admettant que chaque système fonctionne isolément, on constate l'insuffisance du simple énoncé de la règle de rattachement. Le juge est souvent placé devant la nécessité d'un « découpage » délicat du droit étranger, même quand la règle de conflit en commande une application qui ne devrait entraîner aucune difficulté. Nous en avons déjà eu la preuve en étudiant le rôle du tribunal allemand à l'égard de la succession d'un étranger décédé en Allemagne. Selon l'article 25 de la loi d'Introduction, la loi nationale étrangère régira la succession, pour laquelle le tribunal étranger seul est compétent. Nous connaissons les inconvénients de cette position et les exceptions qu'on a dû y apporter, comme par exemple la nomination d'un curateur à cette succession. Si, comme ce sera assez souvent le cas, les héritiers d'un défunt autrichien ou hollandais s'adressent au tribunal pour nommer un exécuteur testamentaire selon la volonté du défunt, on peut se demander si pareille nomination n'excède pas les limites de compétence de la juridiction. Le § 2200 1° B.G.B. en reconnaît la validité en droit interne. Mais le conflit de lois est lié ici à la compétence judiciaire. Le droit néerlandais, comme le droit autrichien (§ 564.816 A.B.G.B.) disposent que le testateur seul peut nommer l'exécuteur testamentaire. *En intervenant* le tribunal violerait donc la règle de conflit allemande qui commande l'application du droit hollandais ou autrichien (1). La nécessité de connaître le droit interne étranger apparaît ici.

(1) V. note de M. NEUHAUS sous O.L.G., Neustadt/ an der Weinstr., 25 mai 1951. J.Z., 1951, n° 6, p. 644 (droit hollandais). A.G. Hamburg, 11 fév. 1959, 74, VI, 1303/52 (commun. par l'Inst. Max. Planck), (droit autrichien).

114 ². — L'application de la loi étrangère soulève d'ailleurs des difficultés plus ou moins grandes qu'il est possible de « graduer ». Il y a *des cas où seule la qualification est en cause*. Un *de cujus* français, mort domicilié en France a laissé une succession mobilière répartie tant en Allemagne qu'en France. Il a institué un légataire à titre universel en présence d'un réservataire. Le légataire s'adresse au juge allemand pour obtenir le certificat « limité » de 2369 1°. *Bien que le légataire n'ait pas la saisine, il n'en sera pas moins considéré comme « héritier » institué pour une quote-part de la succession par le droit allemand (2)*. La distinction de « l'héritier » et du « légataire » ne revêt pas le même sens en droit allemand, où seul est considéré comme légataire celui qui a une action à faire valoir contre la succession (*Anspruch*). *Parfois au contraire l'application de la règle étrangère déborde de beaucoup la question de qualification*. Accorder un certificat à l'*executor* anglais qui réclame l'« administration » de la succession mobilière allemande d'un Anglais décédé en Angleterre implique que le juge allemand n'a pas estimé le rôle du *personal representative*, incompatible avec les règles sur le partage, et même avec celles relatives aux biens (3).

Il ne peut être question ici d'examiner toutes les difficultés que soulève l'application de la loi étrangère. Notre horizon est trop vaste, même en écartant les « questions d'école » sans portée pratique. Nous voudrions du moins montrer les limites que connaît la loi successorale, en droit allemand comme en droit français. Si elle régit sans grandes contestations la dévolution de la succession à laquelle nous consacrerons le premier chapitre, elle peut se heurter à la loi de la situation des biens dans la transmission (chapitre II) et le partage (chapitre III). Les autres questions, notamment celle de la liquidation du passif successoral, seront plus utilement étudiées comme conséquence de la séparation des masses, c'est-à-dire en droit allemand, à la réintroduction du conflit de systèmes.

(2) V. ERNST MEZGER : *Die Beerbung von Franzosen in Deutschland*. J.Z., 1956, pp. 307-308.

(3) V.H. GOTTHEINER : *Zur Anwendung englischen Erbrechts auf Nachlässe in Deutschland*, RabelsZ., 1956.21, p. 36, s.

CHAPITRE I

DEVOLUTION DE LA SUCCESSION

115. — La première question qui se pose est évidemment de savoir quelles sont les personnes appelées à succéder. C'est en principe *la loi successorale* qui en décide. Mais la différence de structure du droit français et du droit allemand dans la vocation de la famille légitime, les parts des enfants naturels et adoptifs nécessitent quelques explications. La réponse est étroitement liée à la détermination de la qualité de parent légitime ou naturel, question préalable qui ressortit à la loi personnelle, selon la doctrine classique. Nous examinerons dans une première section *l'ordre légal de dévolution et la question préalable de l'établissement de la parenté*. Une seconde section sera consacrée *aux droits du conjoint survivant* qui peuvent soulever de délicats problèmes de délimitation entre règles des régimes matrimoniaux et règles successorales. Une troisième section sera réservée à *l'étude des droits de l'Etat*. Un dernier paragraphe sera consacré à *l'examen de quelques difficultés propres à la succession testamentaire*.

SECTION I

ORDRE LEGAL DE SUCCESSION ET QUESTION PREALABLE DE LA DETERMINATION DE PARENTE

116 ¹. — Droit français et droit allemand présentent d'importantes différences dans la technique même de dévolution. Le B.G.B. n'a pas recueilli la distinction du droit français en ordres et degrés à l'intérieur de chaque ordre, mais s'est inspiré des précédents du Code autrichien (art. 731) et de l'A.L.R., pour une *classification en parentèles*. Le droit allemand ne se règle pas sur le degré de parenté avec le défunt, mais

sur l'appartenance à un « ordre » de parentèle (1), et aussi longtemps qu'existent des membres d'une même parentèle, ils excluent ceux de l'ordre suivant (§ 1930). Le premier ordre est constitué par les descendants du testateur, le second par les parents et leurs descendants (frères et sœurs du défunt) exclus tant que vivent les parents, le troisième par les grands-parents et leurs descendants, sans qu'il y ait une limitation légale apportée par le B.G.B. Alors que l'article 755 du Code civil arrête en principe l'ordre de dévolution au 6^e degré, le § 1936 B.G.B. précise que ce n'est qu'à défaut de tout « parent ou époux » que le fisc est appelé à la succession. A l'intérieur de chaque ordre de parentèle, règne la *division par « souches »* (*Stamm*). Chaque membre de la parentèle et ses descendants forment une « souche ». Ils succèdent en vertu d'un droit propre. Ainsi le *de cujus* a laissé deux enfants, dont l'un est décédé, après avoir eu lui-même deux descendants. Chacun d'eux par représentation recueillera un quart de la succession. L'ensemble du système se révèle *beaucoup moins favorable que le droit français aux frères et sœurs du défunt*. Un Allemand mort domicilié en Allemagne, laisse une succession mobilière en Allemagne, des immeubles en France. Le juge français fera application de la loi successorale française à la masse française ; si le défunt, sans descendants, n'a comme héritiers que son frère et ses deux parents, le frère recueillera la moitié de la masse française (art. 751 C.C.), alors qu'il est complètement exclu par ses parents de la succession mobilière allemande.

116². — Les droits des enfants naturels varient aussi d'une législation à l'autre. Tandis que le Code civil accorde à l'enfant naturel la moitié de ce qu'il aurait eu s'il eut été légitime (art. 758) les trois quarts en concours avec les ascendants ou frères et sœurs (art. 759), le B.G.B. le tient pour étranger au père et à la famille paternelle (§ 1589 2^o). Le droit de succession n'existe qu'avec la mère et les parents de la mère, et la reconnaissance par le père (§ 1718) ne change rien à cette situation. Seule la légitimation par mariage assimile au regard du père et des ascendants paternels l'enfant légitimé à l'enfant légitime (§ 1722) ; par contre la *déclaration de légitimité par l'autorité publique* (*Ehelichkeitserklärung von Staats wegen*), souvenir de la légitimation par rescrit du prince, ne confère à l'enfant légitimé ou à ses descendants la qualité de légitime qu'à l'égard du père. Aucun droit successoral n'existe entre les parents et la femme du père d'un côté, l'enfant de l'autre (§ 1737 1^o). Enfin l'enfant naturel peut être adopté, ce qui le place dans la situation de l'enfant légitime. Mais l'adoptant n'a aucun droit de succession à l'égard de l'adopté (§ 1759). Pour décourager les adoptions dans un but intéressé, l'adopté, tout en conservant ses droits à l'égard de la famille par le

(1) « *Erbrecht* », KIPP, WOLFF, 10^e édit., par COING, Tübingen, 1955, pp. 23-24.

sang (§ 1764) n'a qu'un droit de succession contre le seul adoptant (§ 1763).

Quelle que soit la loi nationale du successible, enfant légitime, naturel ou adoptif, elle ne joue pas pour déterminer l'étendue de ses droits successoraux ; il faut réserver le cas où l'enfant français recevrait, par application de la loi étrangère, une part inférieure à celle que lui reconnaît la loi française, et exercerait le prélèvement sur les biens successoraux en France ; de même, la nationalité allemande du successible deviendrait importante pour faire valoir ses droits contre la succession d'un étranger en Allemagne, si le droit de cet état étranger n'appliquait pas lui-même le principe de la nationalité à l'égard des Allemands qui y sont domiciliés (art. 25 2°).

117 ¹. — Mais *préalablement à la question de dévolution* se pose le problème de la *détermination de parenté*. Les réponses apportées sont, dans la doctrine classique, distinctes. Une chose est de savoir si un enfant naturel a été valablement reconnu ; une autre, une fois la solution donnée, d'apprécier ses droits suivant la loi successorale. Chaque système, français et allemand a des règles de conflit différentes. *Le droit français, depuis l'arrêt Henrich de 1957, s'attache à la loi de l'enfant pour l'établissement de la filiation naturelle, et définitivement, semble-t-il, à la loi nationale commune des époux, ou, à défaut, à la loi de leur domicile commun, tant pour la légitimation et l'adoption, que pour la filiation légitime (2). Le droit allemand se règle, pour la filiation légitime, sur la loi nationale du père au temps de la naissance de l'enfant ; à défaut, sur celle de la mère (art. 18 1°). La filiation naturelle se rattache à la loi nationale de la mère pour les rapports entre elle et son enfant ; la légitimation et l'adoption s'apprécient suivant le statut personnel du père ou de l'adoptant, au temps de la légitimation ou de l'adoption (art. 20, 22 loi d'Introd.). Les deux statuts, personnel pour la filiation et successoral, s'appliquent distributivement.* Ainsi, pour prendre comme exemple une espèce soumise au Tribunal de la Seine (3), si un Français et une Française se sont mariés dans le respect de la forme locale dans l'Etat de New York, leur mariage entraîne *ipso facto*, selon la tradition canonique, la légitimation de leurs enfants naturels ; il n'est point besoin d'énoncer la reconnaissance dans l'acte de mariage ; les enfants, assimilés aux enfants légitimes par application de la règle française de conflit, peuvent prétendre à exercer un droit successoral sur les immeubles en France. La légitimation était pourtant nulle au regard de la loi française.

On voit toutefois le lien entre les deux questions : *si, au regard de*

(2) H. BATIFFOL, *op. cit.*, n° 477.

(3) Trib. civ. Seine, 4 juin 1901, Clun., 1902, p. 335 (Pariot c/ Pariot).

la loi personnelle, la légitimation est nulle, et l'enfant, naturel simple, la loi successorale en tirera les conséquences. On a voulu voir un « empiétement » de la loi personnelle sur le domaine de la dévolution, mais l'établissement d'une filiation, comme la validité d'un mariage, doit rester indépendant des conséquences juridiques qu'elle entraîne. Elle serait autrement entachée d'un singulier relativisme. Pourtant est apparue à la même date, en France et en Allemagne, une *tendance à soumettre à la règle successorale de conflit, la validité de la question préalable d'établissement de la parenté*. Elle a été illustrée par deux arrêts : l'un, célèbre, de la Cour de Cassation du 21 avril 1931 : l'autre, de la Cour Supérieure de Karlsruhe du 20 mars 1931 (4).

117². — Dans l'arrêt de la Cour de Cassation de 1931 *Ponnoucannamalle c/ Nadimoutoupoulle* (5), la succession immobilière en Cochinchine était régie par la loi française, donc loi du for. Le petit-fils légitime avait été régulièrement adopté par son grand-père hindou au regard de notre règle de conflit, car la loi hindoue était la loi commune de l'adoptant et de l'adopté. Il pouvait prétendre à la succession. Mais la Cour de Cassation rejeta le pourvoi formé contre l'arrêt de la Cour de Saïgon, qui avait refusé de faire produire effet à l'adoption. Elle invoqua le caractère d'« ordre public » de l'article 344, suivant lequel les adoptants ne doivent pas avoir d'enfants légitimes au jour de l'adoption, ce qui était le cas en l'espèce. L'exclusion présentait un caractère d'autant plus regrettable que l'adopté était lui-même fils légitime d'un enfant adoptif décédé, et partant privé de tout droit à la succession de son grand-père (6). Comme BARTIN l'a fait observer, le petit-fils aurait pu plaider la nullité du testament de l'aïeul comme partage d'ascendant, ou plutôt se prévaloir de sa qualité de réservataire, pour représenter le père prédécédé (7). M. DEMAY a voulu voir dans la solution, un simple problème de qualification (8) : pour le Code civil, il n'y aurait même pas de paternité adoptive en présence d'enfants légitimes. LEREBOURS-PIGEONNIÈRE a de même insisté sur l'indivisibilité entre le rapport de parenté et les effets successoraux (9). Cet argument serait aujourd'hui plus douteux, la famille adoptive se calque sur la famille légitime. La présence d'un ou plusieurs

(4) En faveur de la soumission de la question préalable à la question principale régie par la loi du for, v. P. LAGARDE : *La règle de conflit applicable aux questions préalables*. Rev. Crit, 1961, p. 464.

(5) Cass. Req., 21 avril 1931, rapp. PILON. S., 1931, p. 377, note J.-P. NIBOYET. Journ. Not. 1933, 37.412, p. 63 et la critique dans BARTIN : « *Adoption et transmission héréditaire* », Clun., 1932, p. 5.

(6) V. *supra*, nos remarques sur la tendance des arrêts français à faire prévaloir la volonté du défunt, même en des matières impératives.

(7) BARTIN, *op. cit.*, p. 25.

(8) Pour un point de vue semblable, P. LAGARDE, pp. 464 et 465, note 4.

(9) V. *Traité*, p. 411 et note sous Cass., 4 nov. 1946. D., 1947, p. 413.

enfants légitimes nés postérieurement à « l'accueil au foyer » des enfants, n'est même plus un obstacle à l'adoption (10). Reste la *tendance permanente de la règle de conflit successorale à s' « annexer » le statut personnel*.

118. — C'est de la même manière qu'a procédé la Cour de Karlsruhe (11). Mais la succession était *soumise* dans ce cas à *une loi étrangère*, la loi française. Le défunt, né à Strasbourg, avait été Alsacien-Lorrain « réintégré » selon l'article 51 du Traité de Versailles. S'étant établi à Mannheim en 1921, il y mourut en 1929. Il avait eu, au cours de son premier mariage, un enfant adultérin, légitimé par le remariage avec la mère allemande en 1916. En 1923, l'intéressé, Français depuis le Traité de Versailles, contractait une troisième union ; il passait en 1924 avec sa femme un contrat successoral par lequel les contractants s'instituaient réciproquement héritiers. La veuve demanda la délivrance d'un certificat qui la reconnaîtrait seule héritière. Sa demande fut repoussée. Le défunt était mort Français ; il fallait donc appliquer la loi française ; selon l'art. 25 1°, la *question principale qui était la question successorale était soumise au droit étranger*. Si le contrat successoral restait valable en la forme selon la loi locale d'Alsace-Lorraine, les dispositions du droit français sur la réserve avaient été introduites par l'article 137 de la loi du 1^{er} juin 1925. Le droit de la veuve se trouvait donc réduit à la part d'enfant légitime le moins prenant (art. 1098 C. civ.). On se demandait si on devait compter l'enfant légitimé au nombre des légitimes. En considérant par elle-même la question de légitimation, préalable à la succession, le juge devait faire appel à l'article 22-2°. Suivant la règle de conflit allemande, la loi du père au moment de la légitimation, la loi allemande, devait être appliquée. *La Cour de Karlsruhe a au contraire fait appel à la règle française de conflit, c'est-à-dire à la règle de l'Etat dont la loi matérielle était applicable à la question principale*.

Sans doute le résultat a été substantiellement identique. La règle de conflit française, pour apprécier la légitimation en cas de remariage, s'en tenait, selon la Cour de Karlsruhe à « la loi nationale au moment du mariage », c'est-à-dire la loi allemande, alors que l'article 331 C.C. prohibait la légitimation des adultérins. Il est même probable que, si l'enfant avait fait valoir des droits successoraux en France, il se serait heurté à la notion d'ordre public (12). Mais la méthode a soulevé des *critiques*

(10) Art. 344, 3° (ordon. 23 déc. 1958).

(11) O.L.G. Karlsruhe, 20 mars 1931, J.F.G., t. 8 (1931), p. 116, n° 22. Iprspr. 1931, n° 185.

(12) En ce sens, V. CHALIAPINE, Cour appel Paris, 22 novembre 1954, Clun., 1955, p. 408, Rev. Crit., 1956, p. 273, note Y. LOUSSOUARN.

par le lien qu'elle a établi entre la question préalable et la question principale (13).

Pourtant le *Kammergericht* en a de nouveau fait usage dans un arrêt du 18 janvier 1960 (14). Le défunt, ancien citoyen allemand, avait été naturalisé hollandais en 1953. Il mourut à La Haye, laissant un compte en banque à Berlin. Restaient en présence un frère, une sœur, et un enfant naturel reconnu en Allemagne. Le *de cujus* s'était proposé de légitimer l'enfant devant le Tribunal, mais n'avait pas voulu se soumettre aux règles de forme (demande, sous forme d'acte authentifié, devant notaire ou devant la juridiction). La succession était régie par la loi nationale suivant l'article 25, loi hollandaise. Le frère du défunt et l'enfant naturel entrèrent en conflit pour la délivrance d'un certificat « limité ». Selon l'article 336-2° du Code néerlandais, l'enfant naturel reconnu a droit à la moitié de la succession en présence de frères et sœurs ; au contraire, nous savons que la reconnaissance en droit allemand ne modifie pas sa situation juridique à l'égard du père ; l'enfant lui reste étranger ; seule, la légitimation produit cet effet. Or le juge allemand fit appel à la règle de conflit de la question principale, c'est-à-dire de nouveau à la règle hollandaise, au lieu de la règle allemande pour trancher la question « préjudicielle ». Le droit international néerlandais s'attachait, pour toutes les suites de la reconnaissance au droit national du père ou de l'enfant au moment de la reconnaissance, c'est-à-dire au droit allemand. Comme en 1931 la désignation de la règle de conflit successorale n'influait en rien la solution finale.

119 ¹. — Cette remarque a son importance. Nous ne voulons pas ici examiner dans toute son ampleur la théorie de la question préalable, telle qu'elle a été présentée par Martin WOLFF, et exposée récemment par M. LAGARDE dans son article à la Revue Critique. Ce dernier auteur suppose que la question, dite principale, est soumise à une loi étrangère et propose des solutions distinctes selon le lien de la question préalable avec l'ordre du for. Il admet la compétence de principe de la règle de conflit étrangère à régir la question préalable, en raison de l'absence de contact de la question préalable avec l'ordre juridique du for. Mais précisément dans les deux espèces allemandes citées, la question préalable était déjà « insérée » dans l'ordre du for, puisque l'enfant avait été reconnu ou légitimé en Allemagne (ce qui n'était pas le cas dans l'arrêt de Cassation de 1931). Il eut été plus correct, aux yeux même des partisans de la question préalable, d'énoncer que la question préalable attirait à elle la question principale (15). Il est plus simple, dans ces conditions,

(13) V. notamment L. RAAPE, in : *Les rapports juridiques entre parents et enfants*, Paris, 1935, pp. 94-95 et KEGEL, *op. cit.*, pp. 104 et 307.

(14) K.G., Berlin, 18 janvier 1960 (Colani) (*Communic. par Max Planck, Institut*).

(15) V. LAGARDE, *op. cit.*, p. 480.

de s'en tenir au système distributif traditionnel, puisque la solution est au fond identique.

119 ². — Si la question préalable est sans lien avec l'ordre du for, la règle de conflit de la question principale devrait, dit-on, régir la question préalable. On invoque, en faveur de la solution, non seulement l'éloignement de la question préalable de l'ordre du for, mais aussi la nécessité de respecter la logique du droit étranger appliqué à la question principale. M. LAGARDE considère comme décisif le cas de l'Allemand marié civilement à une Grecque en Allemagne. Le ménage installe son domicile en Grèce où la femme meurt, et le juge français a à connaître de la succession mobilière. Il applique la loi grecque du domicile, laquelle renvoie, pour la succession, à la loi allemande. Mais le renvoi est lié au sort de la question préalable. Le mariage civil est valable pour le droit international privé allemand, nul pour la règle grecque. Il est inconcevable, pense M. LAGARDE, de soustraire la question de validité du mariage au droit international grec, dont elle précise la règle de conflit. Le mariage sera donc nul et le renvoi non admis ; la loi interne grecque sera applicable à la succession mobilière (16). *Le raisonnement repose d'abord sur une hypothèse de renvoi de la loi du domicile à la loi nationale ; nous le montrerons par la suite, nous ne la croyons pas fondée.* Ensuite, même si le renvoi était possible, nous ne comprenons pas le refus de faire appel à la règle du for qui déclare le mariage valable. *L'annulation du mariage revient à méconnaître la règle allemande suivant laquelle le mariage a été formé et produit des conséquences successorales.* Enfin, il ne peut être question de faire jouer la loi successorale grecque, dès lors que le mariage est nul selon la règle de conflit grecque ; ce serait introduire l'incohérence la plus absurde.

120 ¹. — La soumission de la loi de la filiation à la loi successorale ne témoigne pas, selon l'expression de M. FRANCESKAKIS, d'un désir de « cohésion conceptuelle » (17). Il eut été plus cohérent, dans l'arrêt français de 1931, de ne pas faire appel à l'ordre public et de ne pas éliminer la loi hindoue désignée par notre propre règle de conflit. Les problèmes doivent demeurer distincts. C'est ce qu'a compris la jurisprudence allemande. Ainsi une décision a refusé de délivrer tout certificat de succession à la veuve d'un Israélite apatride. Les époux, anciennement polonais, s'étaient mariés selon le rite hébraïque à Lemberg (Galicie Polonaise) en 1921. Nationaux polonais jusqu'en 1938, ils avaient résidé jusqu'en 1939 en Allemagne ; à cette date le mari disparut alors qu'il s'efforçait de gagner la Belgique. L'*Amtsgericht* s'est contenté de relever,

(16) *Op. cit.*, n° 10, pp. 471-472.

(17) Ph. FRANCESKAKIS : *La théorie du renvoi et les conflits de systèmes en droit international privé*, n° 218, pp. 205-206 et 219.

par application de la règle de conflit allemande, que le mariage n'avait pas obéi aux règles de forme posées par l'A.B.G.B. autrichien. Le mariage était donc nul, la fille illégitime, sans que la validité du mariage fut appréciée du point de vue du droit allemand (18). La succession l'aurait été sans doute.

En France, la *jurisprudence* reste au fond *hésitante*, sans qu'on puisse en démêler exactement toutes les raisons. On a pu croire au caractère exceptionnel de l'arrêt de 1931, comme traduisant une prépondérance du statut réel sur le statut personnel. Mais il n'a pas été expressément démenti. L'arrêt *Binger* du 4 novembre 1946 n'est pas particulièrement éclairant sur notre problème ; il témoigne plutôt de l'indivisibilité entre l'établissement du lien de filiation et ses effets (19). Sans doute un arrêt de la Cour de Paris du 10 juillet 1946 *De Lorient c/ Veuve de Bioncourt* a nettement marqué la distinction entre établissement de la filiation et statut successoral (20). En l'espèce, la veuve d'un Russe, résidant en France, mais mort domicilié, en Suisse, prétendait disputer à la fille adoptive du défunt la succession immobilière française. Elle s'appuyait sur les précédents de 1931 ; l'adoption avait été réalisée au profit d'une adoptée mineure alors que l'adoptant avait moins de cinquante ans, ce qui était contraire, à l'époque, aux dispositions du Code civil. L'adoption, selon la veuve de Bioncourt, devait être reconnue à la fois par la loi nationale russe, commune à l'adoptant et à l'adopté, et la loi française successorale (21). Mais la Cour a répondu que « ... cette thèse ne tend à rien de moins qu'à substituer, lorsqu'elles divergent, la loi territoriale à la loi nationale dans un domaine, celui des effets de la filiation réelle ou fictive, relevant cependant du statut personnel ». L'adoption était valable selon la loi russe désignée par notre règle de conflit. La loi française successorale a été appliquée. Toutefois l'arrêt pris soin de réserver le cas où la fille adoptive se serait trouvée en concours avec des enfants légitimes, laissant entendre que l'ordre public aurait joué.

120². — La solution ne paraîtrait manifester qu'une méfiance persistante à l'égard de la famille adoptive (« famille de seconde zone »), si un arrêt de la Cour d'Aix, d'une réaction assez singulière, ne venait pas élargir, au bénéfice de la filiation naturelle, la solution de 1931 (22). La défunte, française de naissance, avait eu à Naples un enfant naturel, le sieur Jésus reconnu dans cette même ville en 1875. En 1907 la Française épousait à Santiago du Chili un ressortissant grec, Saridakis. Elle mourut

(18) A.G. Düsseldorf, 2 août 1958 (*Blaustein-Lustmann*, 43.VI.2805-58 *Communic. Institut Max. Planck*).

(19) Cass. Civ., 4 novembre 1946, déjà cité.

(20) Cour Paris, 10 juillet 1946, G.P., 1946.2.141 et J.C.P., 1947, 3392, concl. *avoc. génér.* FRECHE et note R. SAVATIER.

(21) En ce sens, KEGEL, *op. cit.*, p. 311.

(22) Cour Aix, 16 juillet 1947, G.P., 1948.1.27 (*Saridakis-Tornakis c/ François Jésus*).

domiciliée à Nice, instituant son mari légataire universel, à charge de verser une pension alimentaire à son fils naturel. Celui-ci décéda lui-même *ab intestat*, quelques mois après sa mère, laissant pour seule héritière sa fille mariée à un Français. Celle-ci, réclama, en qualité de réservataire, par représentation de son père décédé, la réduction du legs universel de SARIDAKIS. Ce dernier alléguait la nullité de la reconnaissance d'enfant naturel, excipant en ce sens un arrêt de la Cour de Naples de 1947. Un doute persistait sur la nationalité de l'enfant. Il pouvait être italien, et, en appliquant la règle de conflit française qui s'en remet à la loi nationale de l'enfant, la reconnaissance était annulée ; il n'en serait résulté aucune conséquence successorale. La Cour d'Aix s'est contentée d'affirmer que la reconnaissance faite par le père avec la désignation de la mère comme « épouse » était valable, ce qui était faire jouer l'article 336. Les motifs ont insisté sur l'application de la loi française à la succession et sur le fait que « *la question d'état litigieuse, intimement liée à une action en partage et en nullité du testament, touche à des intérêts matériels et pécuniaires dont seuls les tribunaux français sont valablement saisis et seuls compétents pour en connaître...* ». Il semble qu'une confusion ait été commise entre la compétence législative et judiciaire. Une rédaction aussi ambiguë fait naître de nouveaux doutes, puisque la succession mobilière, cette fois-ci, « s'annexe » la détermination de la filiation. Il faut espérer qu'à l'avenir un arrêt de Cassation ne paralysera plus le jeu de la règle de conflit française, par l'appel au monstre de l'ordre public, « domestiqué » sous forme de question préalable.

SECTION II

DROITS DU CONJOINT SURVIVANT

121. — A côté de ceux des héritiers légaux, les droits du conjoint survivant en droit français et en droit allemand, présentent suffisamment de divergences pour faire naître des difficultés dans l'ordre international. *Le Code civil confère à l'époux survivant un droit d'usufruit que le B.G.B. ignore.* Il ne tient pas compte, comme le fait le B.G.B., de la nature du régime matrimonial pour l'octroi d'un droit successoral. Les deux systèmes n'en posent pas moins un délicat problème de « délimitation de frontières » entre le droit des régimes matrimoniaux et le droit des successions.

Le Code civil, on le sait, n'a longtemps accordé qu'un droit successoral très insuffisant au conjoint, qui en était réduit le plus souvent, dans le système de 1804, à sa part de communauté. Les divers avantages (gain de survie pendant le délai d'inventaire en régime de communauté (art. 1465

C.C.) ; frais de deuil à la charge de la succession du mari (1481) ne compaient guère. Les lois de 1891 et 1925 lui ont conféré un droit d'usufruit, à vrai dire encore faible : un quart en présence d'enfants légitimes issus du mariage (art. 767 3°), la moitié, en concours avec des frères et sœurs ou des enfants naturels. Avec les lois du 3 décembre 1930 et du 26 mars 1957, qui sont, comme on l'a signalé dès le premier jour, un contresens historique caractérisé, les attributions en pleine propriété ont crû : totalité de la succession en présence de collatéraux ordinaires, moitié en concours avec les ascendants d'une ligne (avec les ascendants des deux lignes, il n'a qu'une moitié en usufruit). En revanche, le *B.G.B.* par crainte de difficultés dans le partage successoral ou en cas de remariage *n'a pas voulu conserver le vieux système médiéval d'usufruit sur la part des enfants* (23). Le conjoint s'est donc vu reconnaître d'importantes attributions en pleine propriété : le quart, en présence de descendants de la première parentèle ; la moitié en concours avec les représentants de la seconde parentèle (les père et mère et descendants) ou les grands-parents ; au-delà, la totalité. Nous verrons que la « loi d'égalité » du 18 juin 1957 a encore accru ses droits (§ 1931 et 1371). Dans la pratique le *préciput* accordé au conjoint survivant (*Voraus*) paraît plus important ; avant l'exercice de tout droit successoral il prélève les biens nécessaires à un train de maison convenable, quand le défunt a laissé des descendants de la première parentèle ; il faut entendre par là : tous les objets du ménage (sauf les accessoires de fonds de terre) ainsi que les cadeaux de noce, s'il ne reste que des parents autres que les descendants (§ 1932) (24).

122 ¹. — Si la veuve d'un *de cujus* mort domicilié en France ou en Belgique entend exercer ses droits sur les biens allemands, le juge allemand fera jouer la loi nationale, lui conférant une attribution inférieure à celle de la loi allemande. La Cour de Hamm a été saisie de la demande formée par la veuve d'un apatride, ex-citoyen allemand qui avait eu sa dernière résidence en Belgique, et elle s'est demandé si elle appliquerait éventuellement l'art. 30 de la loi d'Introduction. L'article prévoit l'annulation de la disposition étrangère contraire aux « bonnes mœurs et au but de la loi allemande ». Malgré la généralité de ces termes, l'O.L.G. a estimé *ne pouvoir exclure* l'application de la loi belge par cela seul qu'elle se révélait *moins favorable* au conjoint (25). Ceci admis, l'attribution d'un droit d'usufruit au survivant peut se révéler délicate. La présence éventuelle en Allemagne d'immeubles régis par une loi étrangère

(23) COING : *Erbrecht* (Kipp, WOLFF), édit. 1960, pp. 25-26.

(24) V. COING, p. 26 et pour compar. l'attribution en droit anglais du « *personal chattel* » comprenant les objets du ménage et une somme pour faire face aux frais de succession, sans exclure l'usufruit du « *Life interest* ».

(25) O.L.G., Hamm, 21 juillet 1954, N.J.W., 1954, p. 1731 (n° 13).

n'exclut pas l'inscription des droits des héritiers au livre foncier (*Grundbuch*). Or, le *juge, gardien du livre foncier, s'en remet*, selon l'article 36 de l'ordonnance sur le livre foncier (G.B.O.), *aux indications du certificat d'héritier*. Si le certificat ne reconnaît au conjoint survivant que la qualité de « légataire » au sens allemand du terme, celui-ci n'a qu'un droit, s'analysant en une charge qui grève les immeubles de la succession. Ce droit figurera sous ce titre au livre foncier. Il importe donc, pour la nature de l'inscription au livre foncier *de savoir si le conjoint survivant qui réclame l'usufruit est « héritier » comme successeur universel, ou « légataire »*.

A d'autres points de vue la qualification présente un intérêt : jusqu'à la modification de l'article 724 du Code civil par l'ordonnance du 23 décembre 1958, on pouvait se demander dans quelle mesure l'envoi en possession était applicable à la succession mobilière en Allemagne. Enfin divers textes, notamment *la loi fédérale allemande sur l'indemnisation des victimes du national-socialisme (Bundesgesetz zur Entschädigung für Opfer der nationalsozialistische Verfolgung)* du 29 juin 1956, réservent aux « héritiers » les demandes en dommages-intérêts pour les spoliations commises en Allemagne. Il faut donc savoir si le conjoint survivant rentre dans la catégorie.

122 ². — Une analyse du droit interne français amènerait plutôt à refuser au conjoint la qualité d'héritier, analogue à celle des enfants. Son droit ne s'exerce, selon la doctrine, que contre la succession (26). Il réclame aux héritiers une quotité en usufruit, soumise à des règles spéciales de calcul. Jusqu'à la modification de l'art. 724 par l'ordonnance du 23 décembre 1958, il n'avait pas la saisine, et on considérait qu'en conséquence sa responsabilité était limitée aux forces de la Succession. De fait, les tribunaux allemands lui ont d'abord refusé la qualité d'héritier (27). Mais entre les deux guerres, le *Landgericht* de Berlin a été saisi à deux reprises de difficultés relatives à l'inscription des droits du conjoint survivant au *Grundbuch* (28). La succession en Allemagne, y compris les immeubles, était soumise au droit polonais de la province de Varsovie. Les dispositions du Code civil polonais de 1825 s'inspiraient en partie de celles du Code Napoléon. L'art. 232 disposait qu'un usufruit était accordé au conjoint survivant sa vie durant. La part d'usufruit était égale à une part d'enfant, et le Code précisait même que le conjoint devait être compté comme un enfant au moment du partage. Le *Landgericht* a admis dans les deux cas l'inscription, au *Grundbuch*, du conjoint et des enfants en copropriété indivise sur les immeubles de la succes-

(26) Cf. G. RIPERT et J. BOULANGER, *Traité*, t. IV, op. cit., n° 1738.

(27) V. O.L.G., Colmar, 28 mars 1912, *Els. Lothr. J. Z.*, t. 38 (1913), p. 27.

(28) V. L.G., Berlin, 2 novembre 1929, *Iprspr.*, 1931, p. 190 (n° 97), L.G., 18 février 1931, *J.W.*, 1932, p. 3829, note Arndt *Iprspr.*, 1932, p. 200.

sion, sans indication de l'usufruit comme étant à la charge des autres cohéritiers. *L'usufruit aux yeux du tribunal, ne retirait pas au conjoint sa qualité d'héritier.* Cette opinion a été partagée dans un certain sens, par ceux qui soutenaient avant 1958, que le conjoint était un successeur universel, malgré l'absence de saisine, plus proche en tout cas de l'héritier allemand que du légataire allemand n'ayant qu'un simple droit entre la succession (29). Depuis lors, la solution ne fait guère de doute : l'O.L.G. de Cologne a reconnu le droit au mari survivant d'intenter comme « héritier », à l'exclusion des collatéraux, les actions en dommages-intérêts de sa femme décédée, bien que celui-ci n'eût qu'un usufruit d'après le droit belge (30). Avec l'assimilation du conjoint survivant aux autres héritiers par l'octroi de la saisine, il ne devrait plus y avoir de difficulté à l'avenir.

123. — *Pour le calcul de l'usufruit du conjoint survivant soumis à la loi française, on a pu se demander si les biens situés à l'étranger entraient en ligne de compte au décès du de cujus, qu'ils fussent donnés ou légués (31).* La réponse est certaine pour les meubles à l'étranger. Mais on ne saurait faire entrer dans la masse de calcul les immeubles qui eux-mêmes relèvent d'une loi étrangère : ce serait en fait grever les biens transmis selon le droit successoral français, d'un usufruit supérieur à celui qui est reconnu par la loi française. Enfin il faut exclure un grand nombre de biens de la masse d'exercice de l'usufruit, distincte de la masse de calcul. La réserve, les biens objet de rapport, ou ceux qui ont été déjà légués ne sauraient profiter au conjoint. Ce dernier, faute de pouvoir exercer son usufruit, en sera souvent réduit à demander une pension alimentaire selon l'art. 205 C.C.

Cet octroi de pension n'est pas lui-même sans soulever de problèmes : faudrait-il tenir compte, pour apprécier les besoins de celui qui réclame les aliments, des biens soumis au droit étranger ? Ce serait porter atteinte au principe qui veut, nous le verrons, que, sauf pour le prélèvement, la dévolution de masse mobilière relevant du Code civil s'opère dans l'ignorance de ce qui est attribué par la loi sur la masse immobilière étrangère. De plus, on peut hésiter, en cas de différence de statut personnel, entre la loi du créancier et celle du débiteur d'aliments. *Mieux vaudrait*, puisque les aliments sont plutôt dûs par l'hérédité considérée dans son ensemble,

(29) Cf. E. MEZGER, *op. cit.*, die Beerbung von Franzosen in Deutschland, p. 307, note 30.

(30) O.L.G., Köln, 12 mars 1959 (communic. Institut Max. Planck, 5 LL.121/58) pour la succession d'un défunt apatride déporté ayant eu son dernier domicile en France, époux survivant considéré comme héritier A.G. Hamburg (Valier-Grossmann) (A.K.T.2.76.VI.3530/57).

(31) Léon MILHAUD : *De l'application dans les rapports internationaux de la loi du 9 mars 1891 sur les droits du conjoint survivant, particulièrement au regard des femmes originaires d'Alsace-Lorraine*, Clun., 1896, p. 499.

soumettre la demande alimentaire du conjoint à la loi successorale, qu'à la loi du crédientier, préconisée par la doctrine (32). Le tribunal de Senlis a déjà conféré la qualification successorale à la pension versée à la veuve, selon la loi mosaïque, « jusqu'à épuisement de la masse successorale ». Sans doute le tribunal a-t-il établi la qualification *lege causæ* ; il a marqué la différence entre la pension qu'il allouait et celle de l'art. 205, variable, qui tient compte de l'insuffisance des ressources du débiteur d'aliments. Des raisons d'équité n'étaient pas étrangères à la décision, puisque le débiteur arguait d'une acquisition récente de la nationalité française pour échapper à ses obligations. Il serait préférable de généraliser et de reconnaître le caractère successoral de la pension, en tant qu'*ultimum remedium*.

124. — La difficulté peut-être la plus grande, en tout cas celle qui a fait l'objet de plus de controverses, est la *conciliation, en cas de changement de règle de conflit, entre les droits successoraux du conjoint survivant et ceux qu'il peut éventuellement tirer de son régime matrimonial*. Nous savons déjà qu'en droit interne français le lien entre les questions est grand ; si l'époux n'a eu pendant longtemps que la « portion congrue », c'est que le législateur avait en vue l'attribution de la moitié de l'actif commun sous le régime légal de communauté des meubles et acquêts. Dans la pratique on ne procède pas aux deux partages successifs ; d'abord le partage de la communauté, entre le survivant et la succession du prédécédé ; puis le partage successoral, en versant dans l'indivision les biens attribués à la succession ; *on se limite à une liquidation de la communauté, sans partage, et on incorpore à la masse successorale le montant des droits du prédécédé dans la communauté* ; les attributions sont alors globales (33).

Le droit allemand va encore plus loin, depuis la « loi d'égalité de l'homme et de la femme » (*Gleichberechtigungsgesetz* du 18 juin 1957 entrée en application à partir du 30 juin 1958). Le montant du droit successoral varie selon le régime matrimonial. Le régime légal adopté est celui de la « participation aux gains » (*Zugewinnsgemeinschaft*) ; les époux vivent séparés de biens durant l'union, et à la dissolution du mariage, on procède à la comparaison des accroissements réalisés par chacun d'eux. Chaque époux, qui n'a pu réaliser qu'un accroissement de gains inférieur à celui de son conjoint a en compensation un droit égal à la moitié des gains réalisés par l'autre (*Ausgleichsanspruch*) (34). Le droit de succession « ordinaire », tel que nous l'avons indiqué plus haut, ne joue plus qu'en l'absence de régime légal, soit que les époux aient

(32) V. note Yvon LOUSSOUARN sous Trib. civ Senlis, 23 novembre 1949, Rev. Crit., 1950.410 (*Vve Brami c/ Brami*).

(33) V. G. RIPERT et J. BOULANGER, t. IV, *op. cit.*, n° 972.

(34) COING, *op. cit.*, p. 26.

passé un contrat de mariage, soit que l'union se soit dissoute autrement que par la mort d'un des conjoints. Au contraire, *sous le régime de la « participation aux gains », le droit légal successoral est automatiquement élevé d'un quart, indépendamment de toute compensation, même de tout gain éventuel* (§ 1371). Si par testament, le *de cujus* a désigné un héritier, le survivant peut demander, outre sa prétention à la « légitime » calculée sur la part ordinaire de succession, son droit aux acquêts. La même solution prévaut en cas de renonciation : le conjoint peut avoir intérêt à profiter des avantages tirés du régime matrimonial ; ils sont parfois supérieurs à son droit successoral, même accru (§ 1371 2° et 3°). On mesure dès à présent les difficultés de règlement si la loi applicable à la succession n'est pas celle qui régit le régime matrimonial.

125. — Il suffit pour cela : d'un changement de domicile, dans le système français ; de nationalité, dans le système allemand. *Un problème de qualification* se posera alors à la jurisprudence. Nous en avons déjà rencontré un exemple dans la matière des contrats successoraux : en qualifiant de « matrimoniales » certaines clauses de reprise insérées dans le contrat de mariage, il est possible de les faire échapper à la prohibition interne des pactes sur succession future. De même, *on peut se demander si la communauté continuée, prévue par contrat de mariage entre le survivant et ses enfants* (§ 1483 B.G.B.) *est de nature matrimoniale ou successorale. La question la plus « extrême » est celle du défaut de coordination entre la loi matrimoniale et la loi successorale par le jeu de la règle de conflit.* C'est le cas classique de l'Anglais, domicilié au moment de son mariage en Angleterre qui meurt domicilié en France. La règle française de conflit s'attache au domicile conjugal au moment du mariage pour le régime matrimonial, au dernier domicile pour le droit successoral. Les époux se sont donc mariés sous le régime anglais de séparation de biens qui ne leur confère aucun droit tiré du régime matrimonial. Mais le droit successoral anglais procure à la veuve une attribution. En revanche, le système français qui attribue à la veuve sous régime légal la moitié de la communauté ne lui accorde qu'un droit successoral réduit. Le résultat sera de priver la veuve de droits suffisants par le jeu du droit anglais (matrimonial) et du droit français (successoral). On peut de même retrouver cette question dans le système allemand ; si, pour reprendre l'exemple de l'*Amtsgericht* de Rommelshausen (35), des époux allemands, mariés sous un régime qui ne leur accorde aucune attribution appréciable, sont devenus brésiliens, le régime matrimonial, selon l'art. 15-1° de la loi d'Introduction, est celui de la loi nationale du mari au temps du mariage, c'est-à-dire du droit allemand.

(35) Cf. A.G. *Rommelshausen*, 10 novembre 1959 (G.100/58 communic. de l'Institut Max. Planck).

La succession est en revanche soumise au droit brésilien qui écarte le conjoint survivant en présence des ascendants. Il ne recueillera donc rien. Il faut remarquer que de « telles contrariétés de systèmes » sont et deviendront de plus en plus rares. La plupart des législations actuelles, sauf les moins évoluées, augmentent progressivement les droits du conjoint survivant, qui dans ces conditions ne sera plus la victime des « lacunes » de systèmes.

126 ¹. — La première question de qualification ne s'est guère posée qu'aux tribunaux allemands, bien que la jurisprudence française du XVIII^e siècle se soit déjà interrogée sur le caractère des gains de survie ou du douaire (36). La diversité et l'extrême complexité des régimes matrimoniaux en Allemagne, au XIX^e siècle, ont amené le *Reichsgericht* à en chercher les « frontières ». Comme dans le système français actuel, la règle de conflit des régimes matrimoniaux était celle du premier domicile des époux, tandis que, nous le savons, elle s'attachait au dernier domicile du défunt pour les successions. La Cour Suprême a essentiellement vérifié s'il n'y avait pas « dénaturation », par les juridictions inférieures, des dispositions du *Landesrecht* local. Ses formules n'en débordent pas moins sur les cas d'espèces qui lui ont été soumis. Dès 1887, selon NEUNER (37), le *Reichsgericht* s'est prononcé en faveur du caractère matrimonial d'attributions conférées au survivant. Les époux s'étaient mariés sous le régime du droit de Solmsér selon lequel la moitié des acquêts du prédécédé passait aux héritiers ; pour le droit de Francfort, sous l'empire duquel ils étaient décédés, l'ensemble des acquêts revenait définitivement au survivant. Une controverse s'éleva entre la veuve et les héritiers du mari : si les dispositions du droit de Solmsér revêtaient un caractère successoral, elles étaient inapplicables, car le droit de Francfort devait régir la succession. Le *Reichsgericht* reconnut aux dispositions en question un caractère matrimonial, sans que, semble-t-il, on pût faire jouer le droit de Francfort pour la succession. Il a énoncé qu'on devait considérer comme « partie constitutive du régime matrimonial (*Bestandteil des ehelichen Güterrechts*) tout ce qui se rapporte au régime de communauté, ou en forme la suite (dissolution de la masse commune, attributions au survivant), même si pareilles dispositions offrent extérieurement un aspect successoral ». La difficulté a été évidemment de préciser ce qu'il faut entendre par « suite immédiate ou inséparable du régime ».

(36) Cf. NEUNER, *op. cit.*, p. 60. Les douaires et autres gains de survie relevaient, pour la jurisprudence du Parlement de Paris (arrêts de 1735 et 1760) de la loi du régime matrimonial des époux. V. à ce sujet Mémoire (imprimé) de B. LEMARIGNIER : *La conférence des avocats et les conflits de statuts concernant les effets du mariage au début du XVIII^e siècle*, Paris, 1961, pp. 79-80.

(37) NEUNER, *op. cit.*, p. 62, R.G., 19 décembre 1887.

126². — C'est ainsi que le *Reichsgericht* a reconnu le caractère matrimonial des dispositions sur la communauté continuée. Des époux avaient eu leur premier domicile à Duisburg, alors soumis au droit westphalien, et par la suite le transférèrent en territoire rhénan où le mari mourut. Pour satisfaire certains engagements envers une maison de commerce, la veuve fit établir une hypothèque notariée sur un immeuble acquis en Rhénanie pendant le mariage des deux époux. Par la suite, la maison de commerce fit faillite, l'immeuble hypothéqué fut saisi. Les enfants alléguèrent alors que leur mère n'avait pu prendre valablement seule une hypothèque sur un immeuble qui avait appartenu au patrimoine commun. L'O.L.G. de Cologne accueillit leur demande : il considéra que l'acte de disposition de la mère était contraire aux règles du Code civil, qui s'appliquaient en Rhénanie comme droit successoral. Mais le *Reichsgericht* cassa la décision : la loi westphalienne de 1860 reconnaissait le plein pouvoir de disposition de l'époux survivant jusqu'au partage, selon les principes de la communauté continuée. Or tout ce qui touchait à ce droit de disposer du conjoint était une suite du régime matrimonial, même si l'opération portait éventuellement atteinte aux droits successoraux des enfants. L'hypothèque avait donc été valablement prise selon la loi westphalienne du régime matrimonial ; la succession n'en restait pas moins soumise au droit rhénan (38). Le caractère matrimonial a de même été attribué à la clause de reprise commerciale insérée dans un contrat de mariage de communauté réduite aux acquêts, passé en Belgique (39). On peut donc admettre que tout ce qui n'a pas une incidence directe sur la quotité des droits des héritiers ou le partage successoral est de nature matrimoniale (40).

127. — Reste le problème, auquel on veut parfois apporter la même solution qu'au premier, mais qui reste distinct, de l'absence de vocation du conjoint. La « dislocation » du régime matrimonial et du régime successoral, conçus l'un pour l'autre en droit interne, amène parfois à ce résultat. Certains « aménagements », en cas de changement de loi applicable sont possibles : ainsi l'art. 15-2° de la loi d'Introduction du B.G.B. prévoit que des époux étrangers, devenus allemands après leur mariage ou ayant leur domicile en Allemagne, ont la ressource de passer un nouveau contrat de mariage qui pourrait être compatible avec le droit successoral allemand. Mais la doctrine ne confère qu'un sens restreint à ce texte, destiné à permettre l'élimination de certaines incapacités édictées par la loi étrangère (41). La jurisprudence allemande aurait plutôt tendance à admettre deux liquidations séparées, d'abord du régime matrimo-

(38) R.G., 25 octobre 1895 E.36 (n° 81), IV, p. 331.

(39) R.G., 16 mars 1938, S.A.T., t. 92, p. 232, v. n° 118, note 3, *op. cit.*

(40) En ce sens (pour des concl. peut être exagérées sur la dépendance du droit successoral des époux vis-à-vis des règles matrimoniales), NEUNER, p. 66.

(41) V. KEGEL, *op. cit.*, p. 262.

nial, puis successorale, quel que puisse être le résultat final pour le conjoint (42). C'est ce qui ressort de l'arrêt du *Reichsgericht* de 1896.

De nombreux auteurs, émus en général par le cas des Anglais décédés en France, ont proposé d'admettre une nouvelle notion, celle de la « vocation patrimoniale du conjoint » ; elle devrait dominer la combinaison du jeu des règles de conflit (43). La Cour de Cassation a cru pouvoir résoudre le problème en soumettant l'usufruit successoral d'une Française à la loi de son régime matrimonial, en l'espèce la loi française (44). Toutefois la qualité de « putatif » attribuée au mariage entre cette Française et un Camerounais devant l'officier indigène de Douala était douteuse, et encore plus douteuses les conséquences tirées par l'arrêt : régime matrimonial et usufruit ont été compris comme « effets du mariage ». Pour la Cour de Cassation « on ne saurait en même temps (comme l'avait estimé la Cour d'appel) reconnaître à la Dame Diaye sa qualité de citoyenne française mariée habile à poursuivre le partage de la communauté, et lui refuser la vocation de veuve usufruitière, née de cette même qualité ». En réalité il manquait dans cette affaire la « communauté juridique » dont parle SAVIGNY. On reprochait à l'arrêt de n'avoir pas fait jouer, pour la dévolution, la coutume locale indigène qui refusait tous droits à la veuve. Si cette disposition était accueillie comme exacte, elle heurterait sans aucun doute l'ordre public français. Au surplus, *soumettre à la loi française la dissolution de la communauté pour remettre la liquidation successorale à un droit qui n'envisageait la question que sous une forme très rudimentaire, était à peu près impossible*. Mieux vaudrait, pour chaque espèce, considérer les *dispositions d'ensemble* de la loi étrangère, tant matrimoniales que successorales : si, par exemple, un Allemand, d'abord domicilié en Allemagne, meurt en France, nous devons examiner l'importance des avantages qu'il tirait de son régime de « participation aux gains ». S'ils étaient considérables, il n'y aura aucun inconvénient à faire application de la loi successorale française. Dans le cas contraire, il faudrait soumettre la dévolution successorale à la loi allemande. Sans doute cette formule pêche-t-elle par imprécision, et aboutit-elle à méconnaître en partie la règle de conflit française si ce n'est à lui préférer la règle allemande : mais elle est la seule à respecter à peu près l'esprit du droit allemand, qui prévoit lui-même une option au cas de renonciation à succession. Et nous savons que bien des arrêts ne tiennent pas compte du caractère

(42) V. R.G., 3 mars 1896 (défunt soumis à la communauté de biens du droit badois, époux morts sous le droit würtembourgeois ; application respective des deux lois), E., t. 36, n° 205. A.G., *Rommelshausen*, *op. cit.*, n° 130.

(43) Cf. Ph. FRANCESCOAKIS, *op. cit.*, p. 53.

(44) Cass., 23 décembre 1954 (cons. Kouch c/ Veuve Kouch), Rev. Crit., 1956, p. 671, n. WEILL, Rev. Jurid. Polit. Un. Fr., 1955, 431, note M. ANGEL.

impératif de la règle de conflit dans la succession testamentaire (45). Cette qualification *lege causæ* n'a pas, à notre avis, à être maintenue pour les droits qui ne lient pas aussi étroitement régime matrimonial et droit successoral, ce qui est le cas du droit français. Nous nous sommes suffisamment expliqué sur l'avenir des « lacunes » législatives.

SECTION III

DROITS DE L'ETAT

128¹. — L'article 768 du Code civil prévoit qu'à défaut d'héritiers ou de conjoint, la succession est acquise à l'Etat. Bien que la jurisprudence ne se soit jamais formellement prononcée sur ce point, il ne fait pas de doute en doctrine que l'Etat exerce *un droit régalien*, et recueille les successions comme biens vacants et sans maître (46). La conséquence en droit international est *la suppression de toute distinction*, dans les termes généraux de l'art. 768, *entre biens meubles et immeubles*. Le principe est acquis depuis un vieil arrêt de la Cour de Paris du 15 novembre 1833 (47). La Cour confirma un jugement du Tribunal de la Seine, qui refusait de prononcer, à la requête du Consul des Etats-Unis l'envoi en possession de la succession d'un Américain décédé sans parents en France. Elle ne vit dans les articles 723 et 768 C.C. que la conséquence de l'article 713 qui attribue les biens sans maître à l'Etat. Compétence législative et juridictionnelle coïncident alors et font ressortir le caractère fictif de la loi du domicile (48).

128². — Cette conception des droits de l'Etat, si elle est admise en Angleterre, n'est pas partagée par de nombreux codes continentaux, espagnol, italien, suédois (49) *qui voient en l'Etat un héritier*, habile à recueillir la succession de ses nationaux à l'étranger. C'est le cas de l'Allemagne (§ 1936 B.G.B.). Sans doute l'Etat est-il dans une situation particulière : il ne peut notamment renoncer à la succession (§ 1942 2°), car elle doit avoir un « support » juridique. Mais si un Allemand meurt sans héritiers et laisse en France une succession mobilière, l'Etat allemand viendra à la succession et risque de se heurter

(45) V. pour une « application compréhensive du droit interne », M. WOLFF, pp. 59-60.

(46) V. G. RIPERT et J. BOULANGER, *Traité*, IV, n° 1807.

(47) Cour Paris, 15 novembre 1833, *Consul des Etats-Unis d'Amérique c/ Préfet de la Seine*, S., 1833, p. 594.

(48) V. Cour Bordeaux, 17 août 1853, S.1854.257 qui estime que « la fiction doit être restreinte quand l'intérêt de la famille n'est plus en jeu ».

(49) V. Cour Cass. belge, 28 mars 1952, Rev. crit., 1953, p. 133, note Y. LOUSSOUARN.

à l'exercice du droit de deshérence de l'Etat français. Le problème se complique quand, par exemple, un membre de la quatrième parentèle est appelé à la succession, alors que le droit français, depuis la loi de 1917, n'admet pas les collatéraux à succéder au-delà du sixième degré. *Il semble logique de laisser au préalable à la loi successorale le soin de désigner les successibles*, quitte à trancher par la loi du for la nature du droit de l'Etat. *Mais la distinction dans la pratique se révèle artificielle* (50). Il est fort probable que si un parent d'un rang trop éloigné venait à la succession, les tribunaux français feraient jouer l'ordre public, comme ils l'ont fait quand ils avaient à faire application de la loi soviétique attribuant directement une partie de l'émolument successoral à l'Etat (51). *L'Etat français recueillera tous les biens allemands sur son territoire*, tandis que *le droit allemand admettra au contraire l'Etat français à concourir*.

Dans ces conditions la solution apportée à l'espèce dont a eu à connaître un des tribunaux mixtes, chargés, par le traité de Versailles de 1918, de régler les difficultés consécutives à la guerre, est douteuse (52). Une Française veuve d'un Allemand, mourut sans descendants à Paris en 1906. Une concession minière et divers terrains en Allemagne appartenaient à la succession. Pendant la guerre de 1914 le gouvernement allemand vendit la mine et les terrains. Le curateur français à la succession vacante fit après guerre une demande de restitution auprès de l'« office des biens et intérêts privés » à titre de compensation. Le gouvernement allemand répliqua alors que la mine ne pouvait être considérée comme « élément de la succession » ; elle avait, selon la règle française de conflit, à être régie par la *lex rei sitæ*. Le tribunal arbitral reconnut alors la propriété de l'Etat allemand sur la mine, mais à titre de biens vacants, après avoir déclaré que toute la succession « sans distinction entre les biens » devait être soumise à la loi personnelle du *de cuius*, loi française. Au regard du droit international privé allemand, il y avait une double erreur ; comme nous le verrons, la loi allemande devait s'appliquer à la succession immobilière par suite du renvoi, et l'Etat allemand n'avait pas à recueillir les biens à titre de deshérence. La solution n'était pas beaucoup plus exacte selon le droit français, puisqu'il n'y a pas d'unité successorale. Il est vrai que le tribunal arbitral a déclaré ne s'attacher qu'aux « principes généraux

(50) En ce sens LOUSSOUARN, note sous Cass. Belge, *op. cit.*, contra H. LEWALD : *Das deutsche I.P.R.*, p. 303 (qui reconnaît lui-même la difficulté de la question).

(51) Cf. Paris, 16 mars 1934. G.P., 1934.1.256, en droit allemand, pour l'idée que le décret soviétique du 27 avril 1918 heurterait la « Treu und Glauben », si l'Etat pouvait s'assurer en fait le montant des successions étrangères, sous couleur de contrôle de devises, bien que le texte fut d'application territoriale, v. K.G., 5 mai 1938, déjà cité J.W., 1938.2477, Clun., 1939, p. 382, note K. WOLFF.

(52) T.A.M. franco-allemand *Zeppenfeld c/ Etat allemand* (section III.1858), t. VI (1927), pp. 244-248.

du droit international », et non aux règles nationales de conflit. La loi nationale était considérée, à l'époque, comme le rattachement « idéal ».

SECTION IV

PROBLEMES PROPRES A LA SUCCESSION TESTAMENTAIRE

129. — Si les difficultés que nous avons évoquées valent aussi bien en matière de succession testamentaire que de succession *ab intestat*, la présence d'un testament n'en n'apporte pas moins des complications ; celles-ci tiennent à la nécessité, tant en la personne de celui qui teste que de celui qui reçoit un legs, d'être capable de tester ou recevoir. Le contenu même du testament soulève la question de son interprétation, de la désignation des légataires, de la limite éventuelle apportée aux legs par la légitime ou réserve. Toutefois nous serons assez brefs, cette étude étant conçue comme essentiellement jurisprudentielle. Il nous a paru nécessaire d'éliminer les hypothèses d'école.

Auteurs allemands comme français s'entendent pour soumettre la capacité de tester, comme celle de recevoir un legs, à la loi personnelle du testateur ou du légataire (53). La solution se déduit de l'art. 3, al. 3 C.C. qui prévoit que « les lois concernant la capacité des personnes régissent les Français, même résidant en pays étranger » et de l'art. 7-1° de la loi d'Introduction du B.G.B. Or, pour reprendre l'expression de M. LEWALD, la capacité successorale n'est « rien d'autre que le côté successoral de la capacité d'exercice ». Les règles générales sur la capacité sont appliquées en droit successoral, à la différence du *Common Law* anglo-saxon, qui ne sépare pas la capacité des règles de fond du droit successoral (54). Mais l'accord est loin de se faire sur la portée de la règle et sa signification, en cas de changement de loi personnelle.

Il est certain (pour laisser de côté l'incapacité de jouissance plus rare) que la loi personnelle s'appliquera aux incapacités générales, celles qui visent une personne pour toute une série d'actes ; la solution a été expressément donnée par le *Reichsgericht* pour le testament d'un prodigue (55). De même, la capacité de recevoir s'apprécie d'après la loi personnelle. Mais la règle est plus douteuse pour les interdictions légales de donner ou de recevoir. On songe notamment à celles qui sont fondées sur la crainte d'un abus d'influence, comme l'incapacité

(53) H. BATIFFOL, *Traité*, n° 665, H. LEWALD, *Das deutsche I.P.R.*, p. 296. RAAPE, *Kommentar B.G.B.*, 1931, p. 633. M. WOLFF, *op. cit.*, p. 229.

(54) Pour l'idée qu'on ne peut faire dépendre la capacité du testateur d'une loi du domicile inconnue au temps de la rédaction. Cf. RABEL, p. 319.

(55) R.G., 10 novembre 1887, E.19, p. 316.

de recevoir des médecins ou ministres du culte. *Les raisons en sont proprement successorales* ; il semble donc normal de faire prévaloir ici la loi successorale (56). Il est toutefois possible, pour le juge, d'éviter la nullité de pareilles dispositions, en *affectant de considérer l'interdiction comme une règle de forme* : le *Landgericht* de *Zweibrücken* a ainsi déclaré valable, par application de l'article 11 de la loi d'Introduction, le testament dans lequel le défunt désignait le notaire pour exécuteur testamentaire. Le 2235-2° B.G.B. prévoit la nullité de la gratification ou de la nomination comme exécuteur testamentaire de celui, juge ou notaire, qui a participé à la confection du testament. Malgré la place d'un tel article dans les règles de forme, il n'est pas douteux que le but du législateur a été de prévenir d'éventuelles suggestions du notaire en vue de se faire reconnaître quelque avantage. Si on y avait eu égard, la loi successorale aurait dû s'appliquer (57).

130. — A la différence du droit français, l'application de la loi personnelle entraînera en droit allemand une confusion avec la loi successorale. Le problème ne se posera vraiment qu'en cas de *modification de statut personnel*. Il est certain d'un côté que la permanence nécessaire amène les règles de capacité à suivre la personne, mais on peut se demander si, par exemple, l'enfant ou le prodigue qui ont rédigé un testament nul pour incapacité, n'auront pas leur testament validé par le changement de nationalité. Antérieurement au B.G.B., le *Reichsgericht* s'était référé à la loi prussienne du dernier domicile, pour écarter la nullité pour prodigalité d'un testament rédigé au premier domicile hanovrien. Il s'était fondé sur la loi personnelle au moment du décès (58). Le B.G.B. lui-même dans les articles 7-2° et 24-3° a prévu le cas de l'étranger devenu allemand ; par une faveur attribuée à la nationalité allemande, *celui qui était majeur selon son droit national le reste, même si, d'après le droit allemand, il n'a pas l'âge requis pour rédiger un testament*. Ainsi, pour reprendre l'exemple assez théorique de *Martin WOLFF*, le Chilien qui a testé à l'âge de quatorze ans et est devenu allemand, pourra, dès avant seize ans, âge requis par le B.G.B., non seulement révoquer ses dispositions antérieures, mais en prendre de nouvelles (59). Toutefois, les auteurs s'entendent pour faire jouer la règle de manière restrictive : un individu, capable selon sa loi personnelle antérieure, *ne le reste pas si sa nouvelle loi nationale édicte une incapacité de tester*. Ainsi un Français prodigue, auquel l'article 901 C.C.

(56) Cf. NUSSBAUM, p. 351, note 3.

(57) Cf. *Zweibrücken*, 11 novembre 1954, *op. cit.*, et comm. approbatif de M. RAAPE in *Saarl. R. und Steuerz.* 5 (novembre 1954), pp. 65-66, § 2235 « *in international privatrechtlichen Hinsicht* ».

(58) R.G., 10 novembre 1887, *op. cit.*, n° 134.

(59) M. WOLFF : *Erbrecht*, *op. cit.*, p. 229.

n'interdit pas de tester, ne pourra plus, devenu Allemand, rédiger valablement un testament, par suite de la nullité qui frappe le testament du prodigue (60). En définitive, *il faut s'en référer en principe à la loi personnelle contemporaine de l'acte.*

131. — La *loi successorale* retrouve en revanche son empire lorsqu'il s'agit de déterminer le *contenu* du testament, la régularité de la désignation des légataires et la limitation de la liberté de tester (61). On sait que la structure de la « légitime » ou « portion due » allemande est différente de celle de la réserve française. Si le *de cujus*, par une disposition à cause de mort, a exclu les ayant-droits à la légitime, c'est-à-dire ses descendants ou son conjoint, ceux-ci ont une créance contre la succession. La créance prescriptible par trois ans à dater de l'ouverture de la succession (§ 2332) et qui s'exécute par prélèvement sur les biens héréditaires, passe après les dettes personnelles du défunt, mais avant les legs et charges qui pèseraient éventuellement sur l'héritier institué. Le droit, en principe de la moitié de la part légale, n'existe qu'autant que le légitimaire n'a pas été au préalable suffisamment gratifié. Dans le cas contraire, il doit choisir entre son legs et son droit contre la succession (§ 2307-1°). *Si le défunt n'a laissé au « légitimaire » qu'une part de biens inférieure à la « réserve », le légitimaire est en droit de réclamer en valeur la moitié de la portion qui lui fait défaut.* C'est la célèbre « action en complément de réserve » (*Pflichtteilsrechtsanspruch*, § 2305). Elle aussi relève de la loi successorale. Les solutions allemandes ne diffèrent pas de la pratique française qui soumet la réserve à la loi successorale, compte tenu des remarques que nous avons formulées sur le rôle de la volonté du défunt en matière testamentaire (62).

132. — L'interprétation des testaments ressortit de même à la loi successorale. Dans le silence gardé par le *de cujus* sur le titre auquel une personne est appelée à recueillir des *biens de la succession*, le juge devra parfois se livrer à une véritable « traduction » juridique des institutions étrangères. Ainsi le juge allemand ne peut refuser un certificat d'héritier au successeur légal, sous prétexte de nomination de légataires par un *de cujus français*. Les legs d'une créance hypothécaire et d'une somme d'argent déterminée ne constituent que des legs à titre particulier (*Erbstückvermächtnisse*), non un legs à titre universel (*Erbteilsvermächtnisse*) qui placeraient le légataire à titre universel français dans une situation comparable à celle de l'héritier allemand (63). *On doit effectuer en effet un rapprochement entre le légataire à titre*

(60) *Contra*, L. RAAPE, p. 401.

(61) L. RAAPE, p. 411. WALKER, pp. 920-921.

(62) Cf. Cour Paris, 2 mars 1938, « *Wanblatt* », *op. cit.*

(63) O.L.G. Colmar, 3 août 1907, *Els. Lothr. Z.*1907 (t. 32), p. 555, n° 179.

universel, et l'héritier institué pour une quote-part du § 2088 B.G.B., cas où il est prévu que la succession légale s'ouvre en même temps que la succession testamentaire (64).

On voit donc que si la dévolution successorale suscite parfois des difficultés d'application de la règle étrangère, la compétence de la loi de la succession n'est pas discutée. Elle tendrait même à absorber des questions qui lui sont étrangères, comme la détermination des personnes appelées à succéder. La transmission et le partage amèneront au contraire à s'interroger sur le rôle de la loi de la situation. Ce sera aussi le domaine où apparaîtront le plus les inconvénients du morcellement.

(64) En ce sens MEZGER, *op. cit.*, p. 308.

CHAPITRE II

TRANSMISSION DE LA SUCCESSION

133. — A partir des questions de transmission successorale, on pénètre dans les terres mal explorées du droit international. La diversité d'opinions dans la doctrine de langue française n'a d'égale que l'« anarchie » de décisions des tribunaux inférieurs. *La Cour de Cassation*, qui s'est si souvent prononcée sur la détermination de la loi applicable, *n'intervient guère sur nombre de questions importantes*. Sans doute cette abstention s'explique-t-elle par l'entente amiable ou l'arbitrage conclu entre particuliers. Mais plus qu'ailleurs, la jurisprudence se ressent de l'absence de tout support législatif (1). Du côté allemand, le laconisme de la rédaction des « certificats d'héritier » ne met guère en lumière des difficultés, pourtant réelles. Si le droit allemand, comme le droit français admettent que le transfert de propriété s'opère de plein droit au profit de tous les successibles, *le B.G.B. ignore cette investiture légale de l'héritier ou du légataire universel à exercer les droits et actions du défunt que constitue la saisine*. Les deux systèmes, dans le cas d'une succession soumise au *Common Law* anglo-saxon, se heurteront à la question de droit à qui la délivrance des valeurs mobilières doit être faite, puisque le principe même de la transmission immédiate aux héritiers n'existe pas en droit anglais. Dans le cas où le problème serait tranché par le refus de remise des biens aux héritiers *lato sensu*, *il faudra encore savoir à quel titre l'executor ou l'administrator exercera ses droits*, ce qui nous amènera à le confronter avec l'exécuteur testamentaire du type français ou allemand. Enfin, bien que la transmission s'opère de plein droit, une *option* est offerte à l'héritier en droit allemand comme en droit français. En cas d'acceptation, *des mesures diverses pourront être prises pour sauvegarder les droits des créanciers* : bénéfice d'inventaire, qui entraîne la séparation des patrimoines, en

(1) En ce sens R. VOUMARD : *Des conflits de lois en matière de transmission et de paiement des dettes héréditaires*, Lausanne, 1940, op. cit., p. 3.

droit français ; curatelle ou administration de la succession, en droit allemand.

Ceci imposera une division en quatre sections :

Section 1. — *Prise de possession de l'hérédité en droit international français et allemand.*

Section 2. — *Exécution testamentaire.*

Section 3. — *Options de l'héritier.*

Section 4. — *Mesures de protection des créanciers.*

SECTION I

PRISE DE POSSESSION DE L'HEREDITE EN DROIT INTERNATIONAL FRANÇAIS ET ALLEMAND

134. — On sait que depuis l'ordonnance du 23 décembre 1958, seul, l'Etat, selon l'article 724 C.C. doit se faire « envoyer en possession » à l'exclusion d'autres successibles ; mais ceci ne concerne que les héritiers, et le Code ne reconnaît la saisine ni du légataire universel institué en présence d'héritiers réservataires (1004), ni du légataire désigné, en l'absence de réservataires, dans un testament olographe ou mystique (article 1008). Bien plus, dans le cas où la succession comporte des biens mobiliers ou immobiliers à l'étranger, la loi fiscale du 13 juillet 1925 a créé un envoi en possession spécial, que les successeurs se trouvent ou non, « saisis » au sens du droit civil (art. 802 et s. Code génér. imp.). Malgré son importance pratique, nous ne nous livrerons pas à un examen des difficultés créées par la loi de 1925. Elle suppose en effet que la succession s'est ouverte en France, et que le demandeur français revendique l'application du texte à l'égard du tiers détenteur de biens mobiliers à l'étranger. Or en raison du caractère strictement territorial de la loi fiscale, les tribunaux étrangers refuseront en fait de l'appliquer. Elle restera donc lettre morte, à défaut de conventions spéciales passées par la France (comme la convention franco-suédoise, ou l'ancienne convention franco-sarroise de janvier 1948) (2). Nous nous contenterons donc de l'examen des difficultés soulevées par l'envoi en possession ordinaire.

Le B.G.B. n'accorde en revanche aucune préférence à l'héritier réservataire sur le légataire. Le § 857 B.G.B., au chapitre des biens, se contente d'indiquer que la possession passe aux héritiers. La seule forma-

(2) V. J. MAURY et H. VIALLETON, tome IV : *Traité pratique*. PLANIOL-RIPERT, *op. cit.*, n° 234.

lité, en cas de succession testamentaire, consiste en la remise, au tribunal de la succession, du testament qui ne se trouve pas sous dépôt officiel (*Amtliche Verwahrung*). Mais cette mesure (§ 2259 complété par le § 2261) applicable aux étrangers comme aux Allemands (3) n'a comme but que l'ouverture de la succession ; c'est le préalable de la délivrance du certificat d'héritier, distinct nous le savons, selon l'étendue d'application du droit allemand.

Le problème se pose donc de savoir si le légataire universel d'un de cujus mort domicilié en Suisse ou en Allemagne peut appréhender sans formalités, les valeurs détenues par un tiers dans une banque française. Tout dépend de l'application de la loi de la dévolution ou la loi de la situation à la succession mobilière, puisque, pour les immeubles situés en France, la loi successorale se confond avec la loi de la situation.

135. — La diversité des réponses n'est qu'un reflet de l'hésitation sur l'exacte nature de la saisine en droit interne. Certains auteurs tendent à admettre la loi de la situation ; *ils insistent sur le caractère de mesure de police* que revêt l'envoi en possession et la nécessité de protéger les tiers contre les risques de revendication de l'héritier réel. Il résulte des travaux préparatoires du Code qu'on n'a pas voulu permettre à tout « individu qui se prétendrait légataire universel » de s'emparer des biens de la succession, sans qu'on put prendre quelques précautions (4). La saisine donne qualité à l'héritier pour défendre aux actions qui appartenaient au défunt ; seule, la loi de la situation réglerait de manière satisfaisante le droit de poursuite des tiers (5).

Mais on a remarqué à juste titre que *le rôle primordial de la saisine n'est pas la protection de tiers créanciers*. La nomination d'un administrateur provisoire, l'exercice éventuel de l'article 1166 C. civ. peuvent pourvoir à cela (6). La « garantie » qu'offrirait la loi réelle disparaît en tout état de cause si les biens mobiliers de la succession sont à l'étranger. La saisine, aptitude à exercer les droits et actions sur l'ensemble des biens du défunt, a une raison spécifiquement successorale : la situation privilégiée faite par le droit français à l'héritier légitime. *Faire jouer la loi réelle, c'est confondre saisine et possession*, alors que la prise de possession de l'hérédité n'est qu'un effet de saisine (7). Nul ne conteste en doctrine que l'exercice des droits et actions du défunt, autre

(3) D. HÖVER : *Die Ablieferung und Eröffnung von leizwilligen Verfügungen*, D.F.G., 1937, p. 133. FÉRID FIRSCHING, pp. 23-24, n° 66-67.

(4) V. R. VOUMARD, p. 147, *op. cit.* E. SALLÉ DE LA MARNIÈRE : *L'envoi en possession du légataire universel*, J.C.P., 1954, Doctrine 1167. BATIFFOL : *Traité, op. cit.*, n° 671 (avec des réserves).

(5) En ce sens LEREBOURS-PICEONNIÉ, 8° édit par Y. LOUSSOUARN, 1962, n° 481.

(6) MAURY et VIALLETON, *op. cit.*, n° 222, p. 353 et note 2, p. 353.

(7) Cf. G. RIPERT et J. BOULANGER, *op. cit.*, n° 2230 ; dans le même sens, RABEL, *op. cit.*, ch. 71, p. 380.

effet de la saisine, soit soumis à la loi successorale. Dès lors, une distinction entre ces deux conséquences de la saisine nous paraît bien délicate à mettre en œuvre (8). *Mieux vaut*, en fin de compte *s'en remettre à la loi successorale*. Il peut y avoir des difficultés si le président d'un tribunal étranger refuse de faire droit à la demande d'un légataire universel pour l'envoi en possession des biens mobiliers qui y sont situés. Comme on l'a proposé, le Président du tribunal de Grande instance de la Seine pourrait se voir reconnaître le pouvoir de procéder à pareil envoi, pour suppléer le juge défaillant. Reste à savoir, ce qui est encore un autre problème, si le juge étranger reconnaîtrait la validité de semblable mesure.

136¹. — *La Cour de Cassation ne s'est jamais explicitement prononcée sur l'application de la loi française, à des biens meubles situés en France, dépendant d'une succession étrangère*. L'arrêt de la Chambre des Requêtes du 28 juin 1852, souvent cité, ne tranche qu'une question de levée de scellés (9). En 1853 la Cour a rejeté un pourvoi contre une décision du Tribunal civil de Rennes ; il s'agissait du refus d'exécution de l'ordonnance d'envoi en possession du Président du tribunal de l'Île Maurice anglaise sur des immeubles français (10). On a pu conclure à la compétence de la loi française comme loi successorale. Les juridictions inférieures semblent rester fidèles à cette jurisprudence si on admet que la loi de l'immeuble est appliquée comme loi successorale (11). Ainsi le Président du Tribunal de la Seine, dans une ordonnance du 10 décembre 1952, contrairement à la demande de la veuve d'un Italien, nommée légataire universelle pour l'ensemble des biens meubles et immeubles, n'a prononcé l'envoi en possession que pour les immeubles français (12). Encore la formulation de cette décision est-elle ambiguë. Peu net également demeure l'arrêt de la Cour de Paris du 28 octobre 1952. En première instance, le tribunal de la Seine avait rejeté la demande d'envoi en possession sur des immeubles français d'une veuve anglaise, légataire universelle du défunt. Il s'était fondé sur l'« indivisibilité de la saisine » ; c'était reprendre la théorie controversée d'AUBRY et RAU sur la saisine collective ; la terminologie employée signifiait seulement que l'hérédité est considérée jusqu'au partage comme aussi indivisible que le patrimoine d'une personne vivante, et qu'en conséquence, un cohéritier peut, pendant l'indivision, revendiquer contre un tiers déten-

(8) En ce sens MAURY et VIALLETON, *op. cit.*, n° 222 ; *contra* H. BATIFFOL, n° 671, *op. cit.*

(9) Cass. Req., 28 juin 1852, S.1852.1.537.

(10) Ch. Req., 9 mars 1853 « Féval c/ Simon, D.1853, p. 59.

(11) V. ordon., 5 juillet 1946 (inédite, *de cujus suisse*), citée par M. DE LA MARNIÈRE.

(12) « *Veuve Priod* », ordon., 10 décembre 1952, Clun., 1953, p. 136, J.C.P., 1953, 7418, note J.B. SIALLELLI (envoi prononcé pour « assurer l'efficacité en France des droits du testament » italien).

teur (13). On ne peut évidemment pas parler d'« indivisibilité » dans notre système national de division des masses. La Cour de Paris, en appel, a justement relevé que les « immeubles sont soumis à la loi territoriale qui régit les conditions de la saisine » et prononcé l'envoi en possession pour les immeubles (14).

Pour ce qui est de la succession mobilière, on peut citer au moins un arrêt ancien qui a fait application de la loi successorale anglaise aux meubles situés en France ; la Cour de Paris a admis le pouvoir de disposition de l'*administrator* sur des valeurs mobilières, sans que les « letters of administration » voient leur efficacité restreinte au territoire irlandais (15). Mais *une décision plus récente de la Cour de Paris* (15 bis), tout en reconnaissant la compétence de la loi successorale, *se refuse à éliminer la lex rei sitæ quant à la recevabilité de la demande en délivrance du legs*. Il y a là des difficultés sur lesquelles nous reviendrons, en raison du doute qui plane sur l'attitude du juge anglais et le rôle exact de l'*administrator* d'une succession soumise en principe à la loi anglaise.

136². — En tout cas, l'exercice des droits et actions du défunt relève sûrement de la loi successorale, depuis le célèbre arrêt *Szlapka* de 1941. Il ne pouvait être question pour chaque héritier d'exercer l'action en réparation des suites d'accident automobile survenu au *de cujus* américain, selon l'article 1220 C. civil. Le *trustee* seul devait agir comme « ayant cause de la victime ». Des motifs propres au caractère organisé du règlement successoral anglo-saxon ont influencé la décision (16). Mais la jurisprudence ne s'est plus démentie sur ce point (17) et nous y voyons une des raisons pour soumettre l'ensemble des effets de la saisine à la loi successorale. Les tendances des juridictions inférieures à maintenir l'application de la loi territoriale pour la demande en délivrance des legs, devraient, à notre avis, disparaître pour ces questions spécifiquement successorales.

137. — L'examen du droit allemand révèle qu'il est de même hostile à une méconnaissance de la loi successorale qui aurait pour effet de rendre applicable la loi de la situation. Certes, une décision de l'*Amtsgericht* de *Darmstadt* a refusé, à propos de la succession d'un Français mort

(13) G. RIPERT et J. BOULANGER, *op. cit.*

(14) « *Kenny Lewick* », Paris, 25 octobre 1952.D.1954, p. 255, note Y. LOUS-SOUARN, G.P., 1953.1.190, Rev. Crit., 1954, Som., p. 862.

(15) « *Brown-Lynch* », Cour Paris, 13 mars 1850.S.1851.2.791, concl. av. génér. Portier, pour la remise des valeurs par le banquier français à l'exécuteur anglais, v. H. BATIFFOL : *Réflexions sur la loi applicable aux successions* « *Festschrift Makarov* », *op. cit.*, p. 796.

(15 bis) « *Allemes et Springett c/ Delle Auzou* », Paris, 6 avril 1962, Rev. Crit., 1963, p. 364, note H. BATIFFOL (défunt domicilié en Irlande).

(16) Cass. crim., 4 juin 1941, S.1944.1.133, note H. BATIFFOL.

(17) Cour appel Paris, 4 juillet 1958, Clun., 1958, p. 1122, note A. PONSARD.

à Paris, d'accorder l'envoi en possession d'une créance qui dépendait de la succession (18). Le tribunal n'a pas cru devoir aller au-delà de la délivrance du certificat d'héritier « restreint » du § 2369 et a jugé que l'envoi en possession d'une créance sur la Caisse d'épargne de Paris avait un caractère « territorial », et ressortissait au seul président du tribunal civil français. Il semble qu'une confusion ait été commise entre l'envoi en possession du droit civil et celui du droit fiscal. L'attitude de la doctrine et de la jurisprudence est à l'opposé de cette décision (19). Conformément à la loi successorale, le *trustee* américain prendra en main la succession et agira en justice à l'exclusion des héritiers. Mais on touche là le délicat problème de la qualification du *personal representative*. Il dépasse celui de la prise de possession de l'hérédité. Selon qu'on reconnaîtra à l'*executor* la qualité d'héritier ou d'exécuteur testamentaire, un certificat différent sera délivré par le juge allemand. De manière générale, la succession anglo-saxonne amène à comparer les pouvoirs de l'exécuteur testamentaire ; faute d'une transmission directe aux héritiers, le droit anglais oblige à un classement dans les « tiroirs » nationaux.

SECTION II

EXECUTION TESTAMENTAIRE

138. — L'ouverture d'une succession anglaise ou américaine en Allemagne suscite des questions embarrassantes. Si le droit allemand ignore toute exigence d'un envoi en possession, le droit anglo-saxon fait passer la succession au *personal representative*. L'*executor* nommé dans le testament voit ses pouvoirs confirmés par le tribunal (*Grant of probate* délivré, par exemple, par la « *High Court* » de Londres ou la *Surrogate's Court* de New York). A défaut de nomination par le défunt d'un *executor*, l'*administrator* reçoit du tribunal les *letters of administration* aux fins d'administrer la succession et de régler les dettes du défunt. C'est seulement après ces opérations que le *personal representative* répartit le reste, suivant les dispositions légales ou testamentaires entre les *residuary legatees* » (20). Dès lors, on peut faire droit à la demande de l'*executor* ou de l'*administrator*, relative aux biens mobiliers en Alle-

(18) A.G. Darmstadt, 22 juin 1938 « Klippert » (communic. Institut Max. Planck, VI, 822-36).

(19) Pour la loi successorale, KEGEL, comment. B.G.B., *op. cit.*, p. 249. L. RAAPE, *op. cit.*, p. 411.

(20) Cf. H.G. GOTTHEINER : *Zur Anwendung englischen Erbrechts auf Nachlässe in Deutschland*, Rabelsz, 1956, p. 36 s.

magne, ou, ou contraire, laisser le *residuary legaty assimilable* à l'héritier allemand, appréhender les biens de la succession. Encore cette alternative ne suffit-elle pas. Le *personal...* n'est que l'homme « investi d'une mission de confiance », et non le bénéficiaire final de la succession. La délivrance d'un « certificat d'héritier » (au sens des § 2365 ou 2369) paraît peu indiquée. *Mieux vaut conférer à l'executor le « certificat d'exécuteur testamentaire » du § 2368.* Mais savoir si l'executor anglais est assimilable à l'exécuteur testamentaire allemand revient en fin de compte à comparer les pouvoirs respectifs des exécuteurs testamentaires, ce qui justifie l'étude de la question sous ce titre.

Des auteurs, comme MM. WENGLER et FIRSCHING se refusent à reconnaître les pouvoirs du *personal representative* sur les biens allemands. Ils estiment *la structure du droit anglais incompatible avec le régime allemand des biens* : alors que, selon le § 2174 B.G.B., la dévolution de la succession ne crée qu'un droit de créance au profit du légataire, les *legatees* anglais ont un droit qui ne peut être nettement classé dans la catégorie des droits réels ou droits de créance (21). Le règlement du passif pose des problèmes insolubles : les créanciers anglais ou américains disposent en général d'un an à partir de l'ouverture de l'« administration » pour faire valoir leurs créances contre l'administrator (*claim statutes*). Or les créanciers allemands du défunt peuvent ignorer ce délai, comme l'existence même de l'« administration » ; leurs droits seront forclos (22). *Pour que l'administrator règle les créanciers allemands* après avoir acquis les biens de la succession en Allemagne, *il faudrait à tout le moins que le tribunal allemand délivre des ancillary letters of administration.* Ce n'est pas son rôle. Selon le droit anglo-saxon lui-même, le *tittle* (ou titre juridique pour agir) de l'administrator ne peut s'étendre au-delà du territoire où il a été conféré. Dicey précise que le grant du tribunal n'a aucun effet hors d'Angleterre : *An English grant has not direct operation out of England* (23). Administrator ou executor n'exerceront donc aucun droit sur les biens en Allemagne ; les *legatees* recevront le certificat d'héritier.

139. — L'argumentation est réfutable. Comme l'a fait remarquer M. GOTTHEINER, il ne faut pas se méprendre sur le sens de la limitation territoriale des pouvoirs de l'administrator ou de l'executor. Le grant est conféré pour l'ensemble des biens de la succession ; *les tribunaux anglais ne peuvent en réalité faire respecter le principe hors de leur ressort.* Les tribunaux du lieu de situation des différents biens de la succession seront éventuellement habilités à reconnaître les pouvoirs de l'executor ; au dire

(21) Cf. K. FIRSCHING : *Testamentsvollstrecker, executor, trustee*, D.N.Z., 1959 (n° 7-8), p. 360. L. RAAPE, *op. cit.*

(22) FIRSCHING, *op. cit.*, p. 370.

(23) DICEY : *Conflict of laws*, 6^e édit., p. 336 s., *op. cit.*, par GOTTHEINER, p. 39.

de Dicey, peu importe la forme dont usera le tribunal (24). Si un Anglais meurt domicilié à l'étranger, l'*appréhension* des biens sis en Angleterre et soumis, au moins pour les meubles à la loi étrangère, *ne pourra se réaliser que par un ancillary grant* ; mais un tel *grant* sera en général délivré à qui de droit selon la loi étrangère (25). A l'inverse, on peut donc reconnaître les pouvoirs de l'*executor*.

Reste l'obstacle tiré du statut réel allemand. Il réside moins dans la nature du droit du destinataire final (puisque c'est l'« *executor* » qui reçoit le certificat) que dans la transmission de la succession par acte du juge, ou la pluralité possible d'*administrators*. Dans le premier cas, on peut faire abstraction de l'investiture par le Président de la *Probate Division*, en admettant, par une fiction rétroactive, que la succession est passée immédiatement à l'administrateur. Dans le second cas, la *pluralité d'administrators se ramène à une forme allemande de communauté d'héritiers en main commune*, sur laquelle nous aurons l'occasion de revenir. La jurisprudence allemande a reconnu, en fin de compte, les pouvoirs de l'*executor*.

140 ¹. — Mais il faut savoir s'il est assimilable à l'exécuteur testamentaire allemand. Sans doute y a-t-il une filiation historique entre l'*executor* du droit anglais et le *Salman* germanique, homme de confiance du défunt auquel était transmise la possession de tout ou partie du patrimoine, le premier dérivant du second (26). L'*exécuteur testamentaire allemand* auquel le B.G.B. consacre vingt-huit articles (2197-2228) joue un rôle plus important que celui du droit français. Loin d'apparaître comme le témoignage de la méfiance du testateur à l'égard de ses héritiers, l'exécuteur nommé par le défunt *procède à l'administration*, et, en cas de pluralité d'héritiers, *au partage de la succession sous le contrôle du tribunal* (§ 2204) (27). Il administre la succession, dispose des biens meubles comme immeubles à titre onéreux (§ 2205). Il est autorisé à contracter des dettes pour la succession ; il peut acquitter les dettes de la succession comme le veut une bonne administration ou s'il y a pluralité d'héritiers.

140 ². — Toutefois des différences importantes séparent l'*exécuteur testamentaire allemand* de l'*executor américain*. Le premier n'est pas

(24) Cit. Rule 59 : *When a person dies domiciled in England, the english administration should apply to the court of any foreign country, in which there are situate movables of the deceased, in order to obtain authority under a grant of administration or otherwise to act as personal representative... in such foreign country in regard to such movables.*

(25) GOTTHEINER, p. 41, note 20.

(26) ERICH LANG : *Der Testamentsvollstrecker in den ausländischen Rechten und seine rechtliche Stellung im deutschen Rechtsgebiet*, thèse Frankfurt, 1959, p. 14.

(27) Sur ce rôle, v. K. FIRSCHING : *Die Kontrolle der Gerichts und Verwaltungsbehörden in der Abwicklung der Nachlässe* (Deutsche Landerreferate zum. V. International Kongress für Rechtsvergleichung in Brüssel), München, 1958, p. 92.

nommé par le tribunal, tout au moins ne peut l'être qu'à la demande du défunt dans son testament (§ 2200 1°). Il n'acquiert pas la propriété des biens de la succession ; il n'influence en rien l'obligation aux dettes des héritiers, alors que, dans le système anglais, le règlement des dettes par l'administrator crée une véritable *separatio bonorum* en faveur des héritiers (28). Les tribunaux tendent pourtant à délivrer à l'executor le certificat d'exécuteur testamentaire ; l'O.L.G. de Francfort a, par exemple, cassé une décision de l'Amtsgericht de Bad Schwalbach qui avait repoussé pareille demande (29). En l'espèce, le *de cuius* dont le dernier domicile avait été à Saint-Louis (Missouri), laissait des biens meubles et immeubles en Allemagne. Une partie avait été transmise immédiatement à la femme et à un des fils par les executors (en l'occurrence, objets du ménage et usufruit d'un immeuble), et le reste avait été soumis à « trust » dont les bénéficiaires ultimes étaient les filles du défunt. Il était précisé dans le codicille que les biens devaient être administrés jusqu'au décès du survivant des trustees, et qu'en cas où deux au moins d'entre eux ne pourraient remplir leur mission, la *Saint-Louis Union Trust Company* devrait y suppléer. Les trustees désignés étant décédés, l'*Union Trust* demanda au tribunal un certificat d'exécuteur testamentaire aux fins de liquidation des biens sis en Allemagne. Les biens mobiliers allemands étaient, comme nous le verrons, soumis à la loi américaine par suite du renvoi. Le Landgericht de Wiesbaden, saisi sur renvoi de l'O.L.G. de Francfort s'est interrogé sur l'équivalence du concept de trustee et d'exécuteur testamentaire. Il a affirmé que l'exécuteur testamentaire allemand ne pouvait exercer que les droits reconnus par l'héritier, à la différence de l'executor anglais ; mais que, comme ce dernier, il administrerait la succession sans que l'héritier put en disposer. L'executor pouvait donc recevoir un certificat « restreint » aux biens mobiliers en Allemagne et faire une déclaration d'acceptation de son office devant le tribunal (§ 2202). Cette décision nous offre ainsi un exemple remarquable d'effort de « coopération » d'une juridiction étrangère. C'est rester fidèle au principe posé par le Reichsgericht dans un arrêt de 1890, suivant lequel l'exécution testamentaire est soumise à la loi successorale (à l'époque loi du dernier domicile) (30).

141. — Reste à s'interroger sur l'attitude du tribunal allemand lorsqu'il aura, non plus à reconnaître les pouvoirs d'un exécuteur testamentaire étranger, mais à le nommer de la demande du testateur. Malgré l'affirmation du lien entre la compétence et le fond du droit étranger,

(28) V. GOTTHEINER, pp. 37-38. FIRSCHING, D.N.Z., 1959, p. 368.

(29) Cf. BUSCH, O.L.G., Frankfurt, 25 septembre 1958, cit. FIRSCHING, D.N.Z., p. 355 et sur renvoi L.G. Wiesbaden, 18 janvier 1960 (4° Z.K.) (4 T.373/56 comm. Institut Max. Planck).

(30) Cf. R.G. (VI, J.), 21 avril 1890, E. XXVI, pp. 380-383.

il pourrait, semble-t-il, accepter de nommer l'exécuteur testamentaire d'une succession soumise à la loi étrangère, autant que le droit étranger le permet (31). La jurisprudence s'y montre hostile, car elle voit dans la nomination d'un exécuteur plus qu'une simple mesure conservatoire (32). Il reste évident qu'un tribunal allemand ne pourra nommer un exécuteur à la demande du testateur hollandais, alors que contrairement au B.G.B., le droit hollandais ne prévoit pas pareille nomination. Ce serait violer la règle de conflit allemande qui prescrit l'application du droit hollandais (33).

142. — Il est instructif, par comparaison, de relever l'effort de la jurisprudence française, pour assimiler l'*executor* à l'exécuteur testamentaire, et faire relever l'institution elle-même de la loi successorale. L'arrêt *Szlapka* qualifie l'*executor* d'« exécuteur testamentaire », de manière encore moins justifiée qu'en droit allemand, en raison des différences qui séparent les deux institutions. Sur le rapport entre l'*executor* et les héritiers, l'imprécision des formules est révélatrice : « exécuteur investi d'un mandat non révocable par les héritiers » pour la Cour de Cassation, « exécuteur fiduciaire de volontés muni d'une saisine puissante », dans une décision plus récente du Tribunal de Pau (34). Celui-ci a souligné que le *trust* était ... une institution particulière qui déborde largement le cadre successoral même quand il est créé par testament... ». Nous en avons vu les conséquences en matière de saisine. C'est montrer par là que la loi de la situation n'offre pas ce caractère inéluctable que lui ont prêté maints auteurs.

En tout cas, une fois admis que l'*executor* relève de la catégorie juridique de l'« exécuteur testamentaire », il pourra exercer ses pouvoirs en France, selon la loi successorale. La jurisprudence au début du siècle tendait à le lui refuser, en alléguant la contradiction entre la compétence des tribunaux français et l'application de règles étrangères pour la liquidation de la succession (35). Il est aujourd'hui acquis que la loi successorale s'applique. La Cour de Cassation l'a rappelé, dans une espèce mettant en jeu une succession immobilière en Cochinchine, régie par le décret du 21 juillet 1925. Par exception à la règle française de conflit de lois, l'art. 169 de ce décret soumettait la succession, même immobilière, à la loi personnelle des intéressés. La Cour a admis que l'article englobait

(31) V. en ce sens E. LANG, *op. cit.*, p. 100.

(32) K.G., 11 juillet 1911, K.G.j., t. 41, p. 63 (refus de connaître de la révocation d'exécuteurs testamentaires nommés par le défunt apatride).

(33) V. note P.H. NEUHAUS sous O.L.G. Neustadt/an der Weinstr., 25 mai 1951, J.Z., n° 6 (1951), p. 644.

(34) « *Vrignoneaux c/ Harris* », Trib. civ. Pau, 3 juillet 1956, G.P., 1956.2, p. 338.

(35) Cf. « *Mock* », Trib. civ. Seine, 11 mars 1904, Rev. Crit., 1907, p. 493 (notaire commis à la place d'un exécuteur testamentaire pour le règlement d'une succession californienne).

« toutes les institutions qui se rattachent à la dévolution et notamment l'exécution testamentaire » (36). En conséquence, le défunt musulman, sujet anglais de Ceylan avait pu confier de larges pouvoirs à l'exécuteur testamentaire jusqu'à la majorité du plus jeune des enfants, sans observer le délai d'an et jour de l'art. 1025 C. civ. La Cour d'appel de Paris est, semble-t-il allée plus loin en autorisant l'*executor* anglais à vendre un immeuble successoral en France (37). Il est vrai que la jurisprudence interne, depuis un arrêt de 1848, reconnaît ce droit à l'exécuteur testamentaire français, bien que l'héritier ait la propriété des biens, pourvu qu'il ne soit pas réservataire (38).

Nous avons fait abstraction de l'application possible de plusieurs lois différentes à une même succession. Nous reviendrons par la suite sur cette difficulté : les pouvoirs de l'exécuteur testamentaire sont susceptibles de varier d'une masse à l'autre comme est également variable son rôle dans le règlement successoral. Mais, en l'absence de toute complication créée par le renvoi, la loi successorale prévaut donc.

SECTION III

L'OPTION DE L'HERITIER

143 ¹. — Le droit allemand comme le droit français pose le principe de la transmission de plein droit du patrimoine du défunt aux héritiers (§ 1922 B.G.B.). Mais ceux-ci ne sont pas contraints d'accepter la succession (art. 775 C. civ., § 1946 B.G.B.). *Au regard du droit allemand, l'héritier*, après l'ouverture de la succession, n'est qu'un héritier provisoire ; il ne le devient à titre définitif qu'après acceptation de la succession ou écoulement du délai de répudiation (39). Alors que le droit français prévoit trois partis différents (acceptation pure et simple, sous bénéfice d'inventaire et renonciation) le droit allemand ne connaît que l'acceptation ou la renonciation (§ 1946). De tels actes, par les conséquences qu'ils entraînent à l'égard du passif successoral, intéressent au premier chef les tiers créanciers. Il paraît donc difficile d'éliminer la

(36) Cf. « *Eishabi c/ Mandin* » (ass., 22 juin 1954), Rev. Crit. 1955, p. 123, note Y. LOUSSOUARN.

(37) Cour appel Paris, 29 novembre 1952 « *André c/ Vve Mallaby* », Clun., 1953, p. 140.

(38) V. G. RIPERT et J. BOULANGER, *op. cit.*, n° 2198.

(39) V. art. H. GOLDSCHMIDT in : FRITZ-STIER-SOMLO ELSTER *Handwörterbuch der Rechtswissenschaft*, Berlin-Leipzig, 1927, t. II, p. 306. W. HALLSTEIN : « *Annahme und Ausschlagung* », in *Rechtsvergleichendes Handwörterbuch*, par SCHLEGELBERGER, Berlin, 1929, p. 221, t. II.

loi de la situation des biens, même dans le système allemand, au profit de la loi successorale. D'autre part soumettre la forme de l'acceptation ou de la renonciation, à la loi locale, comme celle d'autres actes juridiques risque d'entraîner de nouveaux conflits avec la loi successorale ou celle de la situation. Là encore nous examinons la loi applicable, sans nous interroger, comme nous le ferons dans le quatrième titre, sur les difficultés qui résultent de l'existence de plusieurs masses régies par des lois différentes.

143 ². — Il est *généralement admis* en doctrine que la *faculté d'option*, comme l'*écoulement du délai* (quarante jours en droit français, six semaines en droit allemand, prolongées d'un délai de six mois si le défunt avait son dernier domicile à l'étranger § 1944 3°) *ressortissent à la loi successorale* (40). La jurisprudence allemande a posé le principe dans un arrêt du *Reichsgericht* à propos de la renonciation d'une petite-fille suédoise à la succession de ses grands-parents (à l'époque, morts domiciliés à Francfort (41). La solution a été consacrée par les tribunaux français dans l'application de la loi locale à la succession d'Alsaciens-Lorrains (42). Elle se justifie, si on voit dans l'option la consolidation du titre d'héritier.

144 ¹. — Mais la *forme* dans laquelle interviennent acceptation ou répudiation *prête à discussion*. Le droit français vise l'acceptation expresse de l'héritier, ou son acceptation tacite s'il fait un acte qu'il n'avait le droit de faire qu'en sa qualité d'héritier ; l'acceptation sous bénéfice d'inventaire ou la renonciation doivent en revanche se faire toujours devant le greffe du tribunal dans le ressort duquel la succession s'est ouverte (art. 784 et 793). Le B.G.B., s'il admet qu'un acte juridique quelconque suffise à l'acceptation, exige aussi une répudiation par déclaration devant le tribunal de la succession (§ 1945).

On a préconisé souvent l'application de la règle *locus regit actum* : l'acceptation ou la répudiation seraient valables au lieu où elles sont intervenues (43), sauf, pour les héritiers d'un défunt français ou allemand résidant à l'étranger, à produire ultérieurement copie de l'acte à l'effet de repousser l'action des créanciers. Les partisans de cette solution insistent sur les inconvénients pratiques des art. 784 ou 1945 B.G.B. : les héritiers se trouvant à l'étranger doivent conférer procuration authentique à un mandataire pour qu'il effectue l'acte au domicile de la

(40) R. VOUMARD, *op. cit.*, p. 150. MAURY et VIALLETON, *op. cit.*, n° 245.

(41) R.G., 29 janvier 1883. E., t. 8, p. 146.

(42) Trib. civ. Mulhouse, 17 mars 1924, Rev. Als.-Lorr., 1924, 213. Rev. Crit., 1925 (Som., p. 131). Trib. civ. Metz, 6 décembre 1930, Rev. Als.-Lorr., 1932, p. 382, note H. DEGAND, Cl., 1932, p. 1017.

(43) « Renonciation : Questions et solutions pratiques du D.I.P. », Clun., 1880, p. 570. A. ROLIN, t. II, n° 745. G. DROZ, Journ. Not., 1961, n° 2, p. 53.

succession. Ils peuvent ignorer l'exigence de la loi successorale, et il serait injuste de charger du passif celui qui n'a pas inscrit sa renonciation au greffe. On peut faire valoir en revanche la *difficulté qu'auront les créanciers de la succession de connaître l'option, avec l'application de la loi locale*. La solution d'un conflit avec la loi de la dévolution paraît malaisée (44). Mieux vaut soumettre l'acceptation expresse à la loi de la dévolution. Pour l'acceptation tacite qui résulte en droit français de la disposition de la part héréditaire ou de l'aliénation de biens de la succession, l'hésitation est plus grande ; mais il y a là surtout une interprétation de la volonté de l'héritier, qui est du domaine de la loi successorale. Le juge français ne pourrait considérer, comme acceptation tacite d'une succession soumise à la loi étrangère, l'acte de disposition de certains biens situés en France (45).

L'acceptation forcée qui résulte du *recel* d'effets de la succession fait bien plus douter de l'application de la loi successorale : la privation qui frappe le recéleur de la part d'objets qu'il s'est appropriés est la réparation du préjudice subi par les cohéritiers ; le recel est un délit civil. *La loi française devrait donc être de stricte application territoriale*. Ce n'est pas, semble-t-il, ce qu'a admis la Cour de Cassation : elle a, dans un arrêt *De Weiss* approuvé la Cour d'appel d'avoir admis le prélèvement des biens successoraux en France comme sanction du recel, alors que la plupart des valeurs recélées se trouvaient à l'étranger (46). Elle ne s'est pas préoccupée de la teneur de la loi étrangère à ce sujet et n'a tenu compte que de l'impossibilité de fait d'appliquer directement les peines du recel sur les biens à l'étranger. Elle n'est pas restée non plus absolument fidèle au principe de séparation des masses.

144 ³. — Quant à l'acceptation sous bénéfice d'inventaire, si elle relève, par ses effets, des mesures de protection des créanciers, il n'y a aucune raison, en la forme, de la faire échapper à la loi successorale, ce qui au regard du juge allemand entraînera la compétence du juge français. Le tribunal allemand n'accepterait guère en ce domaine la « collaboration » avec le juge français, à plus forte raison avec le juge italien. Si un Italien décède en Allemagne et laisse une femme et des enfants mineurs, l'acceptation sous bénéfice d'inventaire est inévitable : elle nécessitera, non seulement l'autorisation du tribunal des tutelles, mais une inscription au registre des successions (art. 484 1 *Codice Civile*) et la

(44) Cf. K. FIRSCHING : *Behandlung der Nachlässe von Ausländern in der Praxis des Notars*, D.N.Z., 1952, p. 341 qui conseille aux héritiers d'une succession régie par le droit allemand de s'en tenir à la forme exigée par le loi allemande.

(45) V. MAURY et VIALLETON, *op. cit.*, n° 323.

(46) « *De Weiss c/ Maillart* », Ch. Req., 6 novembre 1942, Rev. Crit., 1947, p. 134.

rédaction d'un inventaire selon le Code de procédure italien. Ces exigences ne peuvent être remplies en Allemagne (47).

144⁴. — Enfin nous pencherions plutôt pour la *renonciation* à succession sur des biens français mais seulement dans cette hypothèse, vers la *lex rei sitæ*. Par ses conséquences sur le passif elle intéresse le crédit public. Le droit allemand la soumet au contraire à la loi successorale (48). Mais savoir si, pour répudier la succession échue à son fils, le père doit avoir l'autorisation du tribunal des tutelles, concerne les rapports entre parents et enfants et relève, à ce titre, de la loi nationale du père (art. 19 E.G.) (49).

145. — Nous avons jusqu'ici montré, tant à propos de la prise de possession de l'hérédité que des options de l'héritier, l'importance de la loi successorale. *La loi de la situation est à peu près inéluctable pour les formalités de transfert, mais le silence de la doctrine et de la jurisprudence ne permet pas d'être plus précis.* Elle ne devrait être admise que pour la sauvegarde des droits des tiers et des créanciers. En tout état de cause, la *publicité foncière* est celle de la *lex rei sitæ*. Les *meubles incorporels* soulèvent aussi des problèmes particuliers. Si l'héritier d'un *de cujus* allemand a dans le patrimoine du défunt un brevet d'invention français, il devra procéder à l'inscription du brevet à l'Institut de la propriété industrielle (50).

Pour les valeurs mobilières, la loi successorale doit éventuellement se combiner avec celle des sociétés. Ainsi en est-il lorsque le *de cujus* allemand avait des parts dans une *partnership* américaine, laquelle est une société où le droit de chaque associé est limité par celui des autres, et qui est une forme proche de la « main commune » allemande. Même si la succession mobilière est régie par la loi allemande, *ce sera au droit américain de décider si les parts du défunt reviennent à ses héritiers* ou si, au contraire, la mort d'un *partner* se traduit par l'accroissement du patrimoine au profit de l'associé survivant (51). Nous verrons que l'introduction du conflit de systèmes, a pour résultat d'obscurcir les limites de la loi successorale et de la loi de la situation du bien et empêche en fait de poser la question devant les tribunaux.

(47) Cf. FÉRID : *Zur Behandlung von Anteilen an Personalgesellschaften beim zwischenstaatlichen Erbgang*, p. 361, note 82 (mel. Hueck, 1959).

(47) Cf. FÉRID : *Zur Behandlung von Anteilen an Personalgesellschaften beim Planck*) héritier allemand d'un défunt belge répudiant au domicile de Bruxelles par l'intermédiaire d'un chargé de pouvoirs).

(49) K.G., 8 avril 1914 « *Das Recht* » (18^e ann.), 1914, n° 2691.

(50) Cf. 58^e Congrès des Notaires de France, *op. cit.*, p. 261. L.G., Berlin, 2 novembre 1929, I.P.R., 1931, *op. cit.*, p. 190.

(51) FÉRID : *Mél. Hueck, op. cit.*, p. 359.

SECTION IV

MESURES DE PROTECTION DES CREANCIERS

146. — La part respective de la loi successorale et de la *lex sitæ* n'est pas plus claire sur ce point. En droit français, la jurisprudence n'a guère eu l'occasion de soulever ces problèmes que nous retrouverons d'ailleurs à propos du règlement de l'ensemble de la succession. Et en droit allemand nous avons déjà souligné la difficulté de séparer à cet égard compétence législative et judiciaire.

Les *mesures conservatoires* prises par un tribunal jusqu'à ce qu'un légataire ou un ayant droit se présente pour recueillir la succession, *sont, en droit français, soumises à la lex rei sitæ* (52). Le tribunal de la Seine l'a précisé à propos de la nomination d'un curateur à la succession du Prince Bibesco. Celui-ci, mort en 1890, laissa cinq filles qui renoncèrent à la succession par déclaration au greffe du tribunal de Roumanie dans le ressort duquel s'était ouverte la succession. Un curateur aux biens vacants en Roumanie fut nommé ; mais les héritiers d'un créancier de Bibesco assignèrent le curateur devant le tribunal de la Seine en paiement d'une dette successorale. Le problème était posé de savoir si les pouvoirs du curateur s'étendaient aux biens laissés en France par le défunt. Le tribunal répondit que « la nature même de la mission... ainsi conférée au curateur aussi bien que son mode d'administration démontrent que ses pouvoirs ne sauraient s'étendre aux biens situés hors du territoire où la curatelle lui a été conférée ». Ainsi la nomination d'un curateur en France était nécessaire aux créanciers pour faire valoir leurs droits (53).

147. — Le bénéfice accordé aux créanciers du défunt et aux légataires que constitue la *séparation des patrimoines* (art. 878 et s.) prête à plus d'hésitation. Certains auteurs, notamment M. JOUSSELIN (54) voient dans la séparation une garantie accessoire de la créance, *soumise à la loi même de la créance*. On a fait remarquer que si la séparation constitue bien un privilège au profit des créanciers et légataires du défunt contre les créanciers personnels des héritiers, c'est en raison non de la nature de la créance, mais de la qualité de créanciers héréditaires. La loi

(52) V. VOUMARD, *op. cit.*, p. 156.

(53) Trib. civ. Seine, 6 juin 1894, D.1896.357.

(54) Cf. JOUSSELIN : *Des conflits de lois relatifs aux successions ab intestat*, thèse, Paris, 1899, p. 109.

ne fait que maintenir le droit de gage général sur le patrimoine du défunt, les liens du défunt servant d'abord à acquitter son passif. La source est *donc bien successorale* (55). Mais il est difficile de faire jouer intégralement la loi successorale si la séparation est inconnue de la loi étrangère en jeu.

Il faut donc distinguer. Pour les *immeubles*, la *séparation des patrimoines relève de la loi de la situation*. Le tribunal de Sousse a admis, à tort semble-t-il, que seuls les effets de la séparation sont soumis à la loi immobilière, tandis que le droit de demander le bénéfice de la séparation ressortirait à la loi successorale (56). En l'espèce, les créanciers d'une succession italienne avaient réclamé le privilège de la séparation sur des immeubles en Tunisie, et la difficulté provenait de l'inexistence, à l'époque, d'un système hypothécaire en Tunisie, qui permit une inscription analogue à celle de l'art. 2111 C. civ. Le tribunal avait donc dû admettre la remise des titres de propriété entre les mains d'un tiers séquestre chargé de les conserver pour être le gage commun des créanciers de la succession. En revanche, pour les meubles, si le *de cujus* allemand était domicilié en France et qu'il y ait laissé toute sa succession, la loi française jouera sans difficultés. Si le *de cujus* allemand était domicilié en Allemagne et qu'il ait laissé des biens en France, on *peut admettre que les créanciers seront suffisamment protégés par l'institution à peu près équivalente de l'administration de la succession* (*Nachlassverwaltung* 1975 B.G.B.). Chaque créancier allemand peut, en effet, dans un délai de deux ans après l'acceptation de la succession, en raison du comportement des héritiers, demander au tribunal la nomination d'un administrateur de la succession ; (§ 1981), l'administrateur nommé devra faire l'inventaire des biens de la succession et l'administrer ; c'est contre lui qu'agiront les créanciers (57). La seule question qui puisse se poser est de savoir si les créanciers français pourront user d'une possibilité semblable. En cas de « lacune » de la loi étrangère ou refus de compétence du juge, il serait préférable d'*admettre la séparation des patrimoines pour les meubles situés en France* qui dépendent d'une succession étrangère.

148. — Nous connaissons en effet la position des tribunaux allemands à l'égard d'une succession régie par une loi étrangère. A défaut de traité ou de renvoi à la loi allemande, ils sont incompétents, sauf pour des mesures de sûreté (*Sicherungsmaßnahmen*). Ils sont, dans ce cas, mieux en mesure que les tribunaux étrangers d'en apprécier l'ur-

(55) Cf. MAURY et VIALETON, *Traité*, op. cit., n° 455. VOUMARD, pp. 163-164.

(56) Cf. Trib. civ. Sousse, 13 mars 1890 « *Lambroso c/ Costa* », Clun., 1891 (en dans ce cas la loi successorale était la loi nationale), p. 973.

(57) Cf. FIRSCHING : *Die Kontrolle der Gerichts und Verwaltungsbehörden in der Abwicklung der Nachlässe*, op. cit., p. 86.

gence (58). Encore reste à savoir ce que la jurisprudence entend par « mesures de sûreté ». Elle comprend par là, en général, ce qui touche à l'intérêt immédiat des héritiers ; les dispositions prises en faveur des créanciers au contraire violeraient la règle de conflit qui attribue compétence à la loi étrangère. Certaines décisions ont d'ailleurs critiqué cette distinction, car, dans bien des cas, l'intérêt des héritiers et celui des créanciers de la succession est difficilement séparable (59).

Ainsi les tribunaux n'hésiteront pas à soumettre à la curatelle à succession (*Nachlasspflegschaft* § 1960 et s. B.G.B.) les biens mobiliers en Allemagne qui relèvent d'une loi étrangère (60). Le tribunal de la succession doit veiller à la conservation de la succession jusqu'à son acceptation ou au cas où l'héritier est inconnu, comme celui où on est de l'ignorance de son acceptation. Le curateur à la succession n'a en principe qu'un rôle purement conservatoire : vente des objets de faible valeur périssables ; règlement des dettes les plus pressantes ; éventuellement aide fournie au tribunal dans la recherche des héritiers ; mais dans la pratique, les pouvoirs du curateur sont très grands, particulièrement pour les successions *ab intestat* de faible valeur (61) si bien qu'ils peuvent dépasser quelquefois la simple « mesure de sûreté ». Le *Kammergericht* s'est même cru autorisé à rémunérer le curateur d'une succession régie par la loi suisse, en raison du peu d'importance de la dette successorale créée (62). Encore faut-il que le défunt soit mort en Allemagne ; la présence d'un de ses biens ne suffit pas (63).

En revanche, l'administration de la succession qui fait passer tous pouvoirs d'administration et de disposition des mains de l'héritier dans celles de l'administrateur, ne peut être demandée devant les tribunaux allemands ; ceux-ci y voient une mesure prise dans l'intérêt des créanciers, bien que les créanciers ne soient pas seuls à pouvoir la réclamer. L'administrateur a en effet pour rôle le règlement des dettes successorales à l'aide des biens de la succession (64). A plus forte raison les héritiers ou les créanciers seront irrecevables dans leur demande d'ouverture de la faillite ou règlement judiciaire après décès (*Nachlasskonkurs* § 1975 B.G.B.), pour la répartition d'un actif insuffisant. Ce parallélisme

(58) V. les motifs de K.G., 8 décembre 1921, K.G.j., n° 53, 1922, p. 77.

(59) V. L.G., Wiesbaden, 1^{er} février 1933, I. Pr., 1933, n° 59, p. 137.

(60) K.G., 8 décembre 1921, *op. cit.* (défunte suisse). K.G., 8 février 1934, J.W., 63.909 H.R.R.'10 (1934), n° 1034, I. Pr., 1934 (n° 72), p. 159.

(61) FIRSCHING, *op. cit.*, p. 82.

(62) V. K.G., 8 décembre 1921, *op. cit.*

(63) K.G., 23 décembre 1926, J.Z., 1927, Rspr., n° 480, I. Pr., 1927, p. 75 (défunte danoise morte au Danemark).

(64) En ce sens L.G. *Schwerin*, 6 mai 1902, Niemeyersz. (t. 13), 1903, p. 174. O.L.G. *Dresden*, 17 février 1914, K.G.j., 1915 (t. 47), p. 238 (droit autrichien) *contra* O.L.G. *Colmar*, 20 août 1909, Els. Lothr., J.Z., 1909, t. 34, p. 618.

entre le droit applicable et la juridiction compétente évite souvent de tracer les frontières entre loi de la succession et loi de la situation, particulièrement indécises comme nous allons le voir, pour le partage. Mais c'est là une vue étroite. Elle ne tient pas compte des droits étrangers. Il faut reconnaître toutefois, que *le droit allemand est beaucoup plus porté que le droit français à l'application de la loi successorale.*

CHAPITRE III

PARTAGE SUCCESSORAL

149. — Au terme de l'examen des principales difficultés de rattachement en matière successorale, le partage nous apparaît dans toute sa complexité. Il met fin à l'indivision, inorganisée selon notre Code civil, réglementée sous la forme de la « communauté en main commune » du B.G.B., et crée un droit privatif de l'indivisaire sur la masse indivise. Il modifie donc le régime de la propriété ; la *lex situs est difficile à éluder, tant pour l'indivision et son contenu que pour l'effet du partage qui traduit la conception du législateur français ou allemand sur l'indivision* (1). Mais le partage ne fait que réaliser les droits conférés aux indivisaires par la loi successorale ; celle-ci reste compétente, du moins en droit français, pour la formation de la masse à partager et pour la répartition des parts. Nous constaterons en effet, là encore, l'extension beaucoup plus grande de la loi successorale en droit allemand. Enfin, pour la forme du partage, d'autres rattachements demeurent possibles, notamment celui de la loi du lieu où il est intervenu. Nous devons écarter ici les problèmes soulevés par la pluralité des masses, conséquence des conflits de systèmes, auxquels nous nous attacherons dans la seconde Partie.

Trois Sections commandent donc ce Chapitre :

Section 1. — *Loi de la masse indivisé et effet du partage.*

Section 2. — *Masse partageable et formation des parts.*

Section 3. — *Formes du partage.*

(1) Cf. Robert DENNERY : *Le partage en droit international privé : conflits de lois et conflits de juridictions*, Paris, Sirey, 1935, p. 9.

SECTION I

LOI DE LA MASSE INDIVISE ET EFFET DU PARTAGE

150. — On connaît la transformation générale qu'a subi le régime de l'indivision en droit français depuis le Code civil : à l'origine, situation temporaire et inorganisée d'où peut sortir à sa demande chaque cohéritier (art. 815), l'indivision s'est traduite par la formation d'une *masse autonome*, susceptible de s'accroître des fruits et revenus produits pendant cette période. A l'intérieur de cette masse, joue le phénomène de subrogation réelle : la chose acquise avec le prix de la vente prend la place de la chose vendue (2). Le droit de chaque héritier se traduit par une quote-part sur l'ensemble des biens indivis, et les droits nés du chef d'un indivisaire au cours de l'indivision ne sont consolidés que si les biens tombent dans son lot. C'est ce que traduit *l'effet déclaratif du partage*, conséquence du caractère transitoire de l'indivision : « Chaque cohéritier est censé avoir succédé seul et immédiatement à tous les effets compris dans son lot » (art. 883).

La communauté d'héritiers (*Erbengemeinschaft*) du droit allemand est au contraire organisée selon le vieux principe germanique de la « main commune » (*Gesamte Hand*). Aussi longtemps que la succession n'a pas été partagée, les cohéritiers ont « la propriété en main commune » du patrimoine ; ils n'ont ni une copropriété par quotes-parts, ni possession d'une partie des biens, mais un droit conféré sur l'ensemble de la succession (3). Ce droit est qualifié, selon la formule de SIESSE, de « *part idéale sur le patrimoine commun pris comme universalité* » (*Anteil am Gesamtnachlasse*). Il se mesure d'après la vocation héréditaire du titulaire (4) et peut être aliéné (§ 2033 1°). L'aliénation a alors un « effet réel » (*Dingliche Wirkung*), c'est-à-dire que par le seul transfert l'acquéreur prend la place du cohéritier. En revanche, chaque héritier ne peut disposer des différents biens de la succession individuellement (§ 2033 2°). Il s'agit de *sauvegarder les droits des créanciers en vertu de l'idée que la masse successorale est un patrimoine d'affectation* (*Sondervermögen*) ; il faut d'abord éteindre le passif héréditaire. C'est en ce sens qu'à œuvré la jurisprudence de la Cour Suprême de Prusse, consacrée par les textes

(2) Cf. sur l'indivision en droit français, G. RIPERT et J. BOULANGER, t. IV, *op. cit.*, n° 2776.

(3) Cf. M. WOLFF et L. RAISER : *Sachenrecht*, Tübingen, 1957, p. 37.

(4) Cf. G. SIESSE : *Contribution à l'étude de la communauté d'héritiers en droit comparé*, Paris, 1923, pp. 95-101.

du B.G.B. (5). La masse sert à acquitter les dettes de la succession ; le reste revient aux héritiers, en proportion de leur part héréditaire (§ 2046 1°, 2047 1°). *Dans les rapports des cohéritiers entre eux le partage produit*, comme en droit romain, un *effet translatif*. Il résulte d'un échange de parts entre cohéritiers. C'est un acte soumis à publicité : l'inscription au livre foncier se révèle nécessaire.

151 ¹. — Les auteurs sont unanimes à reconnaître que le régime de la masse indivise *relève de la loi de la situation* (6). Ceci se justifie, non seulement parce que l'indivision est une modalité du droit de propriété, mais aussi parce qu'elle *intéresse au premier chef les créanciers*, particulièrement dans le système allemand. Mais la portée de la loi suscite des hésitations. Il est certain qu'elle *seule peut se prononcer sur l'accroissement de la masse indivise* par les fruits et revenus, de même sur la *gestion de la masse et la durée de l'indivision*. Le Code civil limite à cinq ans la convention d'indivision, renouvelable il est vrai, mais la volonté qu'à eue le défunt allemand d'interdire pour un temps plus ou moins long, jusqu'à trente ans, le partage (§ 2044 B.G.B.) ne saurait recevoir effet sur des meubles en France, même soumis à la loi allemande (7).

151 ². — La *subrogation* réelle relève, elle aussi, de la *lex rei sitæ* comme une conséquence de l'indivision (8). La question s'est posée à propos de la licitation d'un immeuble indivis, et nous la retrouverons en traitant de la division des masses. La créance d'adjudication devient un « effet de la succession » et prend la place de l'immeuble selon la loi de la situation, qui est aussi dans le système français la loi successorale. Ne pas lui reconnaître un caractère immobilier entraînerait un déséquilibre des masses : on arriverait même par là à éluder les dispositions d'une des lois en présence. Enfin, on *pourrait y voir la volonté de subordonner l'application de la loi française à une question de fait, qui serait de savoir si l'immeuble est, ou non, partageable en nature*. La solution a été admise à propos de la succession de la reine d'Espagne, Marie-Christine de Bourbon ; la majorité des cohéritiers désirait transférer en Espagne, lieu de liquidation de la succession, le prix provenant de la licitation d'un hôtel de Paris et d'une villa de Sainte-Adresse ; la Cour de Paris fit valoir à la demande d'une des cohéritières, la princesse

(5) COING, *op. cit.*, in Kipp. WOLFF : *Erbengemeinschaft*, pp. 472-474.

(6) Cf. J. DEMEY : *De la liquidation et du partage des successions en droit international (spécialement des successions étrangères en France)*, Paris, 1926, p. 43. DENNERY, *op. cit.*, p. 60, 58° *Congrès des Notaires de France*, *op. cit.*, p. 301.

(7) Cf. pour la loi de la situation, M. TRONCHON : *Le partage successoral en droit international privé*, Strasbourg-Paris, 1938, p. 18 et Trib. civ. Seine, 25 mai 1935, Clun., 1936, p. 875.

(8) Cf. DENNERY, *op. cit.*, p. 54.

DEL DRAGO, que « les héritiers, même étrangers... sont fondés à demander que le prix provenant de la vente des immeubles... soit partagé entre eux d'après ces principes qui auraient présidé au partage des immeubles eux-mêmes » (9). La solution a été reconnue valable par la Cour de Cassation dans un arrêt du 14 mars 1961 au sujet de la licitation d'un hôtel de Paris dépendant d'une succession d'une Péruvienne morte domiciliée en Espagne (19).

152. — La réponse, à notre sens, eût été moins assurée, s'il s'était agi non de la licitation d'un immeuble, mais d'un fonds de commerce en France, dépendant de la succession d'un Allemand mort domicilié en Allemagne. *Pour savoir si la créance d'adjudication entre dans la masse indivise, on pourrait songer à consulter la loi de la situation « réelle », celle du centre d'exploitation.* De manière plus générale, en dehors de toute licitation, si un défunt laisse des valeurs mobilières étrangères, il faut savoir quelle loi décidera de l'entrée de ces valeurs dans la masse indivise. En droit français ce n'est que dans des cas exceptionnels qu'une créance est localisable au lieu du domicile du débiteur ou au lieu du siège social. L'arrêt *Szlapka* de 1941 a encore rappelé que l'avantage de la loi successorale est d'éviter une « localisation » des créances et qu'elle seule est compétente sur cette question (11). Mais toute difficulté de coordination n'est pas évitée : prenons le cas d'un défunt belge qui meurt domicilié à Bruxelles et laisse des valeurs mobilières françaises, allemandes, suisses, dans des banques de Paris et de Zürich. C'est à la loi belge, loi successorale, que l'on demandera, selon l'arrêt de 1941, si les valeurs entrent ou non dans la masse indivise. Mais, pour le juge français, il n'y aura pas une seule loi applicable au statut de la masse indivise ; il faudra tenir compte de la loi française ; la loi suisse, elle aussi, jouera son rôle et elle ne conçoit les rapports entre cohéritiers que sous forme de « main commune » comme le B.G.B. Elle a pourtant été écartée sur le premier point, l'entrée des valeurs dans la masse. L'arrêt de 1941 n'avait à résoudre qu'un problème d'appartenance à la masse ; l'organisation de l'indivision et sa conséquence, effet translatif ou déclaratif du partage, ne se posent pas dans les mêmes termes quant à la détermination des pouvoirs du ou des *executors* sur les biens de la succession (12). On peut douter de la possibilité de dissocier les questions d'appartenance à la masse et la question du régime de la masse indivise.

153¹. — Le droit français étend même l'empire de la loi de la

(9) Cour de Paris, 31 décembre 1889, D., 1891.2, p. 41, note DE BOECK.

(10) « *De Goyeneche* », Cass. civ., 14 mars 1961, Rev. 1961, p. 774 et s., note H. BATIFFOL.

(11) V. la note de M. BATIFFOL sous Cass. crim., 4 juin 1941, S., 1944.1.133 et *Traité, op. cit.*, p. 746, n° 55 ; contra DENNERY, *op. cit.*, p. 59.

(12) Sur la nécessité d'une « harmonie » entre la loi applicable aux rapports successoraux et la loi des sociétés, v. FÉRID in *Mélanges Hueck, op. cit.*, p. 368.

situation et ne sépare pas l'effet déclaratif du partage de la question du régime de l'indivision. On a pu proposer, dans une analyse ancienne, d'appliquer à l'effet déclaratif la loi choisie par les parties. C'était un écho de la théorie de Demolombe suivant laquelle chaque héritier serait titulaire d'un droit conditionnel, sur les biens de la succession : la condition qu'ils soient mis dans son lot. *L'effet déclaratif n'aurait été qu'une application de la rétroactivité de la condition attachée à une convention d'indivision*, et la loi compétente, celle du contrat (13). On connaît le caractère fictif de ce système, dans lequel on ne peut préciser à l'avance de quels biens chaque indivisaire serait propriétaire avant l'arrivée de la condition.

153². — La jurisprudence est pourtant restée longtemps incertaine, ayant eu à se prononcer sur l'effet déclaratif de créances ou valeurs mobilières. On cite classiquement la demande de levée de séquestre sur des actions de société opérée par la fille d'un *de cujus* allemand devant le Tribunal civil de Liège (14). En l'occurrence, trois enfants s'étaient partagé la succession d'un *de cujus* mort en 1917 : deux fils, une fille devenue anglaise par son mariage ; la fille, par convention passée à Montreux en 1920, s'était fait attribuer les seize actions sous séquestre ; pour mettre fin à ces mesures, elle invoqua l'effet déclaratif du partage : si l'on s'était placé en 1917, date de la mort du *de cujus*, les ressortissants ennemis n'auraient eu aucun droit sur ces actions. Le Tribunal civil de Liège rejeta la demande en faisant implicitement application du droit allemand aux effets du partage (15).

Une solution nette n'a pu se dégager de la jurisprudence des tribunaux arbitraux mixtes, chargés de trancher les litiges relatifs au paiement de créances sur des banques allemandes ; le titulaire de la créance était décédé ; le partage était intervenu après le 10 janvier 1920, date d'entrée en vigueur du système de l'« Office de vérification et de compensation », selon lequel toute créance d'un Français ne pouvait se régler que par l'intermédiaire de l'Office. La question était posée de savoir si l'attribution de la totalité d'une créance à un cohéritier rétroagissait au jour d'ouverture de succession, antérieurement à ces mesures. Dans un cas, le tribunal mixte franco-allemand fit application de la loi polonaise du lieu de partage (16) ; dans l'autre, le tribunal germano-

(13) Pour l'application de la loi du contrat à la rétroactivité de la condition, cf. H. BATIFFOL, *Traité*, n° 525, mais pour la réfutation de cette analyse de l'effet déclaratif, cf. G. RIPERT et J. BOULANGER, *op. cit.*, n° 3122, M. TRONCHON, p. 59.

(14) Cf. Trib. civ. Liège, 12 mars 1921, *Clun.*, 1921, p. 1033.

(15) « *Ce principe de l'effet déclaratif... n'est pas admis en droit allemand avec les mêmes conséquences qu'en droit belge* » (sic) ; pour la loi de la dévolution, DEMEX, *op. cit.*, p. 53, selon lequel en tout état de cause les tiers seraient couverts en France par l'art. 2279 et MAURY et VIALLETON, *op. cit.*, n° 640.

(16) T.A.M. franco-allemand, 26 avril 1927, « *De Lyrot c/ Mendelssohn* », Rec. T.A.M., t. VII, p. 588 (attribution d'un solde de compte-courant).

belge appliqua la loi successorale, loi belge (en admettant d'ailleurs la division des créances selon l'article 1220 dans les rapports entre les cohéritiers et la banque débitrice) (17). La même compétence de la loi successorale, roumaine cette fois-ci, a été reconnue en 1930 par le tribunal germano-roumain qui a écarté le lieu du partage comme « purement accidentel » (18). Mais, à la vérité, on pourrait formuler, à propos de ces décisions, les mêmes remarques que celles qui ont déjà été faites sur la nature des droits de l'Etat. Les tribunaux mixtes ont jugé, sans souci de se rattacher à un système national de droit international privé, et, en fait, comme nous allons le montrer, en s'inspirant surtout du modèle allemand.

154. — La Cour de Paris a à peu près coupé court à ces hésitations du côté français dans une importante décision de principe du 8 janvier 1946 (19). En l'espèce, les biens d'une société allemande de fabrication de mousseux, fonds de commerce et immeubles situés en France, avaient été placés sous séquestre au cours de la première guerre mondiale. La société vinicole de Champagne s'en rendit adjudicataire en 1920, mais les anciens dirigeants de la société allemande en nom collectif lui contestèrent le droit à l'usage du nom et des marques et reconstituèrent en France même une maison concurrente. Les litiges se prolongèrent jusqu'en 1941. A cette date, les consorts de Mumm, qui avaient pris place à la tête de la maison allemande, étaient décédés ; leurs enfants cohéritiers, un fils et deux filles, profitèrent des circonstances favorables de l'heure, pour passer un accord avec la Société Vinicole. En renonciation de toute action judiciaire contre la Société, et pour prix de certains apports, notamment du nom, ils se firent remettre par la Société Vinicole 133.000 actions. Les cohéritiers n'avaient pas encore procédé au partage. La Société Vinicole de Champagne soutint après guerre que la convention de 1941 avait été viciée par la contrainte. Le problème se posa de savoir si les actions tombaient sous le coup de l'ordonnance du 9 juin 1945 visant les actes de spoliation accomplis au profit des ressortissants ennemis. Or une des cohéritières, devenue américaine par son mariage, objecta qu'elle ne saurait être frappée par l'ordonnance et qu'il convenait d'attendre les résultats du partage ; les actions placées dans son lot pouvaient en effet, par suite de l'effet déclaratif, échapper à la confiscation. Le Tribunal de la Seine admit ce raisonnement, et la Cour d'appel confirma.

(17) T.A.M. germano-belge, 12 octobre 1929, « *De Molinari c/ Deutsche Bank* », Rec. T.A.M., 1930, t. IX-X, p. 661.

(18) T.A.M. germano-roumain, 8 avril 1930, *Rebels Z.*, 1931, p. 202 et s.

(19) Cf. Cour Paris, 8 janvier 1946, sur appel du Trib. civ. Seine, 23 juillet 1945, « *Dame Thornton c/ Société Mumm* » et la note, V. déjà pour l'application de la *lex situs*, VON BAR : *Theorie und Praxis des internationalen Privatrechts*, Hannover, 1889, *op. cit.*, p. 349.

Les motifs du Tribunal de la Seine revêtent une grande généralité. Il admet au passage que, selon la loi française, les actions litigieuses ont pris dans l'actif la place d'une action en justice qu'avait le défunt contre la société vinicole. Il applique *la loi française de l'effet du partage à une succession régie par la loi allemande*, « attendu qu'une doctrine constante... admet que l'article 883 C. civ. régit quant aux biens indivis situés en France... les effets de tous partages sans qu'il y ait lieu de distinguer selon qu'ils sont faits en France ou à l'étranger et quelle que soit la nationalité des copartageants ». La décision est muette sur le lieu du siège social et relève *qu'en l'occurrence il s'agissait d'« intérêts », non de titres au porteur plus difficilement localisables*. On ne peut qu'approuver la solution en raison du lien entre l'effet déclaratif et le régime de l'indivision, mais il y a peut-être là une cause de surprise pour certains créanciers allemands.

155. — *Le droit allemand, en revanche, paraît faire dépendre l'effet du partage de la loi successorale*, malgré les objections d'auteurs comme M. FRANKENSTEIN (20) pour lequel l'attribution d'un bien de succession aux héritiers avec effet rétroactif ne saurait s'opposer à ce que décide la *lex rei sitæ*. La jurisprudence est rare, en raison de l'incompétence des tribunaux allemands à l'égard de biens situés en Allemagne, mais qui dépendent d'une succession régie par une loi étrangère (21). Une décision du *Landgericht* de Berlin, du 18 février 1931, déjà rencontrée à propos de l'usufruit du conjoint survivant, reste équivoque (22). Elle appliqua la loi polonaise, relative aux rapports entre cohéritiers, à la veuve d'un Polonais qui réclamait l'inscription au *Grundbuch* de son usufruit sur les immeubles allemands de la succession. La veuve, selon l'article 232 du Code civil de la province de Varsovie, devait venir au partage pour une part d'enfant et se trouvait en indivision avec les autres cohéritiers. Le problème était posé de la reconnaissance, par le juge allemand de cette indivision, analogue à celle du Code civil français. Il semble que la loi polonaise ait été appliquée, moins comme loi successorale que comme loi personnelle de l'héritière qui, par l'organisation de l'indivision, limiterait la possibilité, pour la veuve, de disposer des biens indivis. Le jugement a été loué pour la « générosité » dont il a fait preuve à l'égard de formes étrangères d'indivision (23), mais il paraît peu souhaitable de faire jouer plusieurs lois différentes en cas de pluralité de nationalité des cohéritiers. La limitation apportée à l'aliénation de l'usufruit servait en l'occurrence l'ensemble des indivi-

(20) Cf. E. FRANKENSTEIN, t. IV, 1935, *op. cit.*, p. 561.

(21) V. pour le partage L.G. *Koblenz*, 17 juillet 1958, J.Z., 1958, p. 316, note DROBNIG.

(22) V. à ce sujet la note critique de K. ARNDT sous L.G. *Berlin* (1^o Z.K.), 18 février 1931. J.W., 1932, p. 3829, J. Prspr., 1932, p. 200.

(23) Cf. GOTTHEINER *Rabels Z.* 21 (1956), *op. cit.*, p. 47.

saires (24). En tout cas, la compétence de la loi successorale était certaine, tant pour la désignation des indivisaires que pour la formation des parts.

SECTION II

MASSE PARTAGEABLE ET FORMATION DES PARTS

156¹. — Les indivisaires tiennent leurs droits de la loi successorale. Celle-ci est d'abord compétente pour prévoir quels seront les biens à partager. C'est dire que *la loi successorale s'appliquera au rapport des donations* aux fins de reconstitution de la masse partageable (25). *On a fait valoir que* le rapport supposait une libéralité antérieure et en restreignait la portée, et donc que *la loi de la donation serait compétente*. On invoque à l'appui de cette thèse les solutions qui ont prévalu à propos des conflits de lois dans le temps : la loi du 7 février 1938 et le décret-loi du 17 juin 1938, à propos desquels les tribunaux ont refusé d'appliquer les textes nouveaux à des donations antérieures, en soulignant le caractère contractuel de l'obligation à rapport. Mais il n'y a aucune transposition automatique des conflits dans le temps à ceux dans l'espace (26). *L'objectif essentiel du rapport est de maintenir l'égalité* entre héritiers ; *il est donc successoral*. C'est du reste ainsi que l'a compris la jurisprudence. Les arrêts ne se sont pas arrêtés non plus à l'objection présentée par M. BOYER pour qui le rapport, comme moyen de protection familiale, vise la capacité de l'auteur au jour de la libéralité. Même s'il y avait une incapacité, elle ne serait que spéciale, soumise, en tant que telle, à la loi successorale dont elle relève, non à la loi personnelle du défunt (27).

156². — *La loi successorale détermine s'il y a obligation ou dispense de rapport*, ainsi que *le mode de rapport* (en nature ou en moins prenant) (28). La doctrine réserve toutefois à la *lex rei sitæ* le rôle d'admettre un rapport en nature qui consacrerait la résolution de droits consentis à des tiers, comme, par exemple, une hypothèque prise par un créancier (29). Si une loi successorale étrangère prescrivait le rap-

(24) Pour la loi successorale, cf. ARNDT, *op. cit.*, KEGEL, *op. cit.*, pp. 328-329.

(25) En ce sens, DEMEY, *op. cit.*, p. 47. TRONCHON, p. 12. DENNERY, p. 25.

(26) Sur ce point, v. MAURY et VIALLETON, n° 623.

(27) Cf. sur ce point, L. BOYER, *Rev. Crit.*, 1949, p. 230 s. ; *contra* MAURY et VIALLETON, p. 858, note 2.

(28) Ex. Trib. civ. Seine, 27 déc. 1906, *Rev. Crit.*, 1907, p. 399, note NAST (*Del Drago*). O.L.G. Hamburg, 24 janv. 1882. H.G.Z., 1882 (Beibl., n° 27), (*Manstein*).

(29) Cf. DENNERY, p. 26, TRONCHON, p. 15.

port en nature des meubles en France, les tiers seraient protégés contre ses conséquences par l'article 2279.

Cette exception mise à part, plusieurs lois peuvent gouverner le rapport comme conséquence de la pluralité des masses dans le système français : en moins prenant sur les immeubles français (article 860) ; par imputation sur la part du cohéritier, ou en l'excluant du partage s'il a reçu plus que sa part (§ 2055, 2056 B.G.B.) pour la succession mobilière allemande. Nous reviendrons sur ces difficultés.

157. — Le rapport des dettes est en général considéré par les auteurs comme relevant de la loi successorale (30), combinée, il est vrai, avec la *lex situs* en raison de la préférence accordée aux cohéritiers par rapport aux créanciers personnels du cohéritier débiteur. Mais c'est ne voir dans le rapport des dettes que la conséquence du rapport des dons pour rétablir l'égalité entre les enfants. Le rôle du rapport des dettes s'est élargi jusqu'à devenir le mode d'extinction des obligations nées de l'indivision. La loi de l'indivision est plus indiquée : sans doute fait-on valoir que la consistance des parts est en jeu, donc que la loi successorale a son rôle (31). Il est plus réaliste d'appliquer purement et simplement la *lex situs*. M. J. DONNEDIEU DE VABRES cite le cas d'un Français qui, mort à Paris, laisserait une fortune mobilière en France et en Allemagne, et dont les cohéritiers ne pourraient invoquer le rapport des dettes et le prélèvement à l'égard des biens allemands (32). Le droit allemand ignore en effet le rapport des dettes ; mais l'administrateur de la succession peut adresser une sommation publique aux créanciers de la masse successorale ou réclamer l'ouverture d'une procédure de sommation selon le § 1970 B.G.B. Il y a au moins une décision de l'O.L.G. de Colmar qui en a fait application à une succession régie par la loi étrangère (33), en ne voyant là qu'une mesure de « procédure ». La même *lex situs* devrait jouer pour le prélèvement opéré par le créancier d'une masse indivise avant le partage.

158. — La loi successorale retrouve sa compétence pour la formation des lots. La règle du partage en nature traduit la conception française de l'égalité successorale, donc dépend de la dévolution (34). Chaque masse doit en principe se partager en biens de même nature, selon le système français, ce qui conduit à la *licitation des biens impartageables*. C'est là une vue étroite qui méconnaît l'unité du partage malgré la diversité des lois en présence. Aussi aurons-nous dans la quatrième partie

(30) Cf. DENNERY, p. 30.

(31) Cf. H. BATIFFOL, *Traité*, p. 743.

(32) J. DONNEDIEU DE VABRES, *op. cit.*, pp. 82-83.

(33) O.L.G., *Colmar*, 20 août 1909, *Els. Lothr. J.Z.*, 1909, t. 34, p. 618.

(34) Cf. TRONCHON, *op. cit.*, p. 52.

l'occasion de revenir sur le célèbre arrêt de la Cour de Cassation du 13 avril 1932. L'attribution intégrale du Château de Chambord à Elie de Bourbon Parme, moyennant « récompenses » en biens étrangers aux autres héritiers du duc Robert de Parme a été dénoncée comme une atteinte au principe de séparation des masses (35). La Cour de Cassation est parvenue à pareil résultat par un raisonnement douteux : elle s'est « retranchée » derrière l'appréciation souveraine des juges du fond de la Cour d'Orléans (ceci contrairement à la décision première du Tribunal de Blois) qui attribuait le caractère amiable au partage intervenu en Autriche « si les tribunaux français ont compétence... pour déterminer en dehors de leur volonté (celle des héritiers) les parts devant revenir à chacun sur ces immeubles français, les intéressés gardent la liberté de disposer personnellement des droits indivis à eux attribués par la loi française et de procéder par convention amiable à la formation et à la distribution des lots » (36). Cette qualification de caractère amiable appliquée au partage nous conduit à examiner dans une dernière Section les formes du partage.

SECTION III

FORMES DU PARTAGE

159 ¹. — *Dans l'affaire du Château de Chambord la qualification de la forme du partage jouait un rôle essentiel.* Parmi les vingt héritiers du duc Robert de Parme, mort apatride en Autriche, plusieurs étaient mineurs ou faibles d'esprit. Un pacte de famille fut passé en 1910, attribuant Chambord à un des fils, Elie ; cet accord (*Grundzüge*) fut homologué par le Grand Maréchalat de la Cour de Vienne, habilité à intervenir dans les successions princières. Les opérations de liquidation ne furent closes qu'en 1918. Les princes Sixte et Xavier, demandeurs au pourvoi, faisaient valoir qu'en présence d'incapables il n'avait pu y avoir qu'un partage judiciaire ; faute d'homologation par le juge français, le Grand Maréchal était sans qualité pour procéder au partage de la succession immobilière en France. La défense répliqua qu'il n'y avait là qu'un partage amiable, auquel, selon leur loi personnelle, les incapables avaient valablement pris part. La Cour de Cassation suivit l'avocat général MATTER : en reconnaissant le caractère amiable du partage et aussi en donnant compétence à la loi personnelle de l'incapable pour décider

(35) En ce sens E. AUDINET : *La succession du duc Robert de Parme et le séquestre du domaine de Chambord*, Clun., 1932, p. 850.

(36) Cass. civ., 13 avril 1932, « Sixte et Xavier de Bourbon-Parme c/ Prince Elie », S., 1932, p. 361, note E. AUDINET, D., 1932.1, p. 89, note J. BASDEVANT, concl. MATTER.

qu'il avait valablement pris part au partage. C'était *admettre la lex loci, tempérée par la loi nationale des incapables ou, à défaut, (il s'agissait d'apatrides) la loi de leur domicile*. Sur ce point l'arrêt n'a pas soulevé de critiques. Le partage judiciaire en présence de mineurs ou d'interdits se justifie par une idée de protection en droit français ; savoir si un mineur peut pendre part à un partage amiable est l'aménagement d'une incapacité générale, donc relève de la loi de l'incapacité (37). La Cour de Cassation a réaffirmé sa position dans un arrêt du 19 mai 1958. Elle a reconnu que les héritiers d'un sujet marocain peuvent valablement procéder à un partage amiable, « à condition que leur loi nationale leur donne capacité à cet effet » (38).

159². — En revanche *on a pu mettre en doute la qualification « amiable » du partage intervenu en Autriche*. Malgré les efforts déployés par l'avocat général MATTER, pour ne retenir dans le rôle du Grand Maréchalat que son aspect tutélaire (la Cour d'Orléans a été jugée souveraine en la matière), il semble bien que la nature judiciaire des fonctions du Grand-Maréchal ait été prépondérante, ce qui conduisait à admettre que le juge français aurait été compétent à l'égard d'immeubles en France (39). En ce sens un arrêt de la Cour de Cassation du 22 octobre 1913 *Rothschild* (40) avait rejeté le pourvoi formé contre un jugement du Tribunal de la Seine dans lequel l'approbation du tribunal de Wieden comme autorité tutélaire supérieure était assimilée au jugement d'homologation du tribunal français. On peut regretter sur ce point l'absence d'interprétation de la loi étrangère par la Cour de Cassation. Du caractère judiciaire ou amiable du partage dépendait en effet la loi applicable.

160. — *Le droit allemand, lui, prévoit, à défaut d'entente entre les héritiers ou de nomination d'exécuteur testamentaire, l'intervention du tribunal (§ 86 F.G.G.)*. Chaque héritier fait valoir devant lui une demande de partage (*ErbteilungsKlage*). La forme du partage ne se sépare pas des règles de fond. Dans la conception allemande, ce n'est que de manière exceptionnelle que le tribunal est appelé à intervenir. Les précédents d'une gestion officielle de la succession, comme c'était le cas en Allemagne du Sud au XIX^e siècle, n'ont pas été retenus (41). La conséquence est *l'incompétence du tribunal allemand à l'égard de la succession étrangère* (42). Nous ne reviendrons pas sur ce point.

(37) Cf. H. BATIFFOL, *Traité*, n° 680.

(38) « *Consorts Wahab* », Cass. 1^{re} Ch. civ., 19 mai 1958. D., 1958, p. 496, Clun., 1959, p. 826, Rev. Crit. 1958, 700, note H. B.

(39) En ce sens E. AUDINET, *op. cit.*, Clun., 1932, p. 849, idem DENNERY, p. 254.

(40) Cass. civ., 22 octobre 1913, Clun., 1914, 564.

(41) FIRSCHING « *Die Kontrolle der Gerichtsbehörden* », *op. cit.*, p. 78.

(42) Cf. A.G. *Stuttgart*, 10 janv. 1913, Württz, t. 55, p. 204 (refus de procéder au partage d'une succession soumise au droit suisse), contra L.G., Koblenz, 17 juillet 1958. J.Z., 1958, p. 316, note DROBNIG (succession hollandaise soumise à la loi allemande).

L'examen général du champ d'application de la loi successorale nous amène à constater combien, même en matière de transmission et de partage où on croit trop souvent à l'application inéluctable de la *lex rei sitæ*, les systèmes français et allemands restent opposés. Seul le régime de la masse indivise et des effets du partage résiste, dans un cas comme dans l'autre, à l'application de la loi successorale. Mais se limiter à une confrontation du dualisme et de l'unité successorale sur le plan international ne tient pas compte des « interférences » possibles des systèmes, de ce que M. FRANCESCAKIS a baptisé dans sa thèse « Conflits de systèmes ». Une fissure se produit dans le système allemand qui se trouve ramené aux mêmes difficultés que celles que connaît le droit français : la présence de « masses » régies par des lois différentes. Ce sera l'objet du Quatrième Titre de notre étude.

TITRE IV

LES CONFLITS DE SYSTEMES ET LEUR INFLUENCE SUR LE PROBLEME DE LA PLURALITE DES MASSES

161. — Nous n'avons fait porter jusqu'alors notre comparaison que sur la désignation de la loi applicable par chacun des systèmes. C'est un processus logique. Mais on sait qu'on ne peut examiner abstraitement les systèmes, et que *la démarche du juge l'amènera à prendre en considération la règle étrangère*. Soit qu'il admette un effacement de la loi compétente désignée par sa règle de conflit au profit de la loi interne étrangère, appelée concurremment par la règle de conflit étrangère : c'est la solution du conflit positif en droit allemand (art. 28 E.G.). Soit qu'il accepte le renvoi de la règle de conflit étrangère à sa propre loi (*Rückverweisung*) ou à une loi tierce (*Weiterverweisung*), hypothèse commune au droit français et au droit allemand (art. 27 E.G.).

Nous ne prétendons pas — ceci d'ailleurs « déborderait » notre sujet — reprendre, à propos des successions, les beaux développements de M. FRANCESCAKIS dans sa thèse sur « La théorie du renvoi et les conflits de systèmes ». Nous nous limiterons plus modestement à l'examen des conséquences possibles des conflits sur le droit successoral. Si on pouvait concevoir que *le renvoi* exceptionnellement réalise en droit français l'unité de loi applicable qui faisait initialement défaut, *il perturbera par contre gravement, comme le conflit positif, le droit allemand*. L'unité successorale posée comme principe par la loi d'Introduction, est compromise : *la distinction des meubles et des immeubles* prend, dans le droit international allemand, une valeur qu'elle ne connaît pas en droit interne, d'où de laborieux problèmes de qualifications. Certains estiment pourtant qu'il y a lieu de se réjouir du morcellement et voient, dans

l'irruption du conflit de systèmes, le signe du caractère théorique et non viable de l'unité successorale en droit international (1).

C'est pourquoi, après avoir, dans un chapitre initial, posé les prémisses du conflit positif et du renvoi en droit successoral, nous examinerons les problèmes éventuels de qualification (Chapitre II). Trois chapitres consacrés respectivement à la dévolution et à la transmission, au passif héréditaire, enfin au partage, seront suivis de l'examen des difficultés les plus saillantes qui concernent la division des masses. Notre conclusion sera empreinte de relativisme sur les divergences entre systèmes successoraux.

(1) En ce sens E. MEZGER, « *Die Beerbung von Franzosen in Deutschland* », J.Z., 1956, p. 305.

CHAPITRE I

CONFLIT POSITIF ET RENVOI

Des flots d'encre ont coulé ou couleront sans doute encore sur les conflits de systèmes. Toute difficulté, il s'en faut, n'est pas dissipée, dès lors qu'on prend conscience de la complexité des divers rattachements. Après une brève étude du conflit positif, nous nous attacherons à montrer les incertitudes qui s'attachent à la portée du renvoi, surtout en droit français.

SECTION I

LE CONFLIT POSITIF

162. — Si, pour reprendre un exemple classique, un Allemand meurt domicilié à Mayence et laisse un immeuble à Strasbourg, le droit allemand a vocation, en vertu de l'article 24 1^o de la loi d'Introduction, à régir l'ensemble de la succession, sans distinction entre les masses. Mais la règle de conflit française prescrit l'application de la loi française à l'immeuble de Strasbourg. Dès lors, *prétendre que la loi allemande puisse jouer à l'égard de l'immeuble français, serait de la part du juge allemand, suivant l'expression de M. RAAPE, une « nage sans espoir contre le courant » (aussichtloses Schwimmen gegen den Strom)*. Il est plus sage de s'incliner devant la loi compétente désignée par la règle de conflit étrangère. Et on réalise en même temps l'harmonie des solutions de conflits. *Pour le juge allemand comme pour le juge français l'immeuble de Strasbourg sera soumis à la loi française* (1). Du même coup est affirmée la prépondérance du rattachement à la *lex rei sitæ* et la méconnaissance de l'unité de loi, applicable en droit allemand.

(1) Cf. L. RAAPE : *Internationales Privatrecht*, op. cit., pp. 84-85.

163. — La solution a son support législatif dans le texte de l'article 28 : « Les prescriptions des articles 24-1, 25 et 27 (cas de renvoi) ne trouvent aucune application aux objets qui ne sont pas sur le territoire de l'Etat dont les lois sont déclarées compétentes d'après ces paragraphes et qui sont soumis par les lois de l'Etat sur le territoire duquel ils sont situés à des prescriptions particulières (*besonderen Vorschriften*) » (2). Tel n'était pas, nous le savons, le sens primitif de l'article 28, reliquat de la concession faite à la *lex rei sitæ* dans le système de SAVIGNY. Dans la pensée même des rédacteurs du B.G.B., notamment de GEBHARD, les « dispositions particulières » ne pouvaient concerner qu'un droit interne étranger, transmission de classe, comme celle en usage chez les nobles (fiefs, fideicommiss) ou tendant à assurer le maintien de la ferme héréditaire (*Erbhof*) (3). Si l'article 28 avait gardé uniquement ce sens, il serait à l'heure actuelle dépourvu d'à peu près tout contenu (4). C'est suivant M. ZEUGE, VON BAR, le premier, qui a vu dans l'application de la loi étrangère l'observation de la règle de conflit étrangère devant laquelle doit céder la règle de conflit du for (5). La transition a été facilitée par l'effacement de la règle de conflit allemande devant des droits internes, comme le droit anglais qui, jusqu'en 1925, a maintenu la corrélation entre la règle de conflit reposant sur la distinction entre meubles et immeubles et une transmission distincte de la *real* et de la *personal property* (6).

164. — Dans son ouvrage, M. FRANCESCAKIS s'élève contre le principe même du conflit positif. On ne voit pas pourquoi, au nom d'une prétendue « effectivité », la règle de conflit du for s'effacerait devant la règle étrangère (7). Il n'est du reste pas exact de prétendre que le système du for soit démuní de tout moyen d'action devant l'application d'une loi autre que celle qu'il désigne. L'institution d'un « prélèvement » sur les biens qu'il contrôle en est la preuve en droit français (8). *L'explication tirée de la nécessité de recourir à la « compétence la plus proche » est insuffisante* : le droit allemand ne s'efface qu'autant que la règle étran-

(2) Trad. française : *Introduction au B.G.B.*, p. 129 et s.

(3) Sur ce point, W. ZEUGE : *Das Recht der beleghenen Sache im deutschen internationalen Erbrecht* (art. 28 E.G.B.C.B.), *op. cit.*, pp. 16-25. KEGEL : *Internationales Privatrecht*, *op. cit.*, pp. 127-130.

(4) Tout au plus imaginerait-on de le faire jouer pour la *prolongation de l'indivision relative à une exploitation agricole* française, en admettant que la convention d'indivision obéisse non à la loi de la situation (selon l'opinion de la majorité de la doctrine) mais à la loi successorale. Cf. *supra*, n° 156, pr. l'attribution préférentielle, il en irait de même.

(5) Cf., p. 13.

(6) Cf. H. PETITJEAN : *Fondements et mécanisme de la transmission successorale en droit français et en droit anglais*, Paris, 1959, pp. 24-25.

(7) *Op. cit.*, p. 61.

(8) *Op. cit.*, p. 66.

gère de conflit elle-même prévoit le dualisme d'une loi applicable aux immeubles et d'une loi applicable aux meubles, en considérant chaque groupe comme un ensemble distinct. Ainsi un Autrichien meurt à Munich et laisse deux immeubles à Paris ou à Vienne. Le juge allemand reconnaît la compétence de la loi française ou autrichienne, parce que les règles de conflit respectives pratiquent le « morcellement » (*Spaltung*). Mais un Danois meurt à Copenhague où il laisse un immeuble, ainsi qu'une succession mobilière répartie entre Hambourg et Copenhague : le droit danois soumet la succession à la loi du domicile sans distinction entre meubles et immeubles ; pour le juge allemand, la règle allemande est applicable à l'immeuble de Copenhague, puisque les immeubles au Danemark relèvent de la loi du domicile. Pourtant l'intérêt d'une solution du conflit positif est tout aussi grand dans ce cas.

165. — *La véritable raison est plutôt de permettre une « égalisation » des parts des cohéritiers.* Suivant l'exemple de M. ZEUGE, un Allemand meurt en laissant une succession mobilière allemande d'une valeur de 30.000 DM. et un fonds de terre en France évalué à 15.000 DM. D'après le droit français, seul un héritier A est appelé à la succession ; d'après le droit allemand, trois héritiers A, B et C doivent recueillir des parts égales de succession. Si A au nom de l'unité successorale recueille le fonds en France, l'égalité entre cohéritiers sera rompue à son profit (A aura 25.000 DM.). Or l'article 25-2° ne peut se comparer au prélèvement tel qu'il a été généralisé par la jurisprudence française. Il suppose qu'un étranger dont la succession est soumise par les règles de conflit à la loi nationale, meurt en Allemagne, et que ce soit un héritier allemand qui élève la réclamation. Ici au contraire, en laissant la loi française attribuer à A le fonds de terre, on en tiendra compte au moment du partage ; B et C recevront chacun la moitié de la succession « allemande », 15.000 DM. (9).

Certes, des circonstances particulières doivent être réunies. Il est nécessaire que l'héritier appelé par le droit français soit aussi pris en considération par le droit allemand, et que le droit allemand ne désigne pas comme seul héritier celui qui n'est que cohéritier selon la loi française. Naturellement il doit y avoir aussi des biens successoraux en Allemagne. *Mais le procédé, dicté par des raisons propres au droit allemand, est en fin de compte préférable à celui du prélèvement français qui refuse dans certains cas de faire jouer la loi étrangère normalement compétente* (10). *Et il amène dans une mesure relative, à réaliser l'« har-*

(9) Cf. ZEUGE, *op. cit.*, p. 42. KEGEL, *op. cit.*, p. 134.

(10) L'article 14 du Projet de Loi pour le Benelux cité par M. FRANCESKAKIS, *op. cit.*, p. 66, aboutit à un résultat analogue en prévoyant une imputation au profit des cohéritiers lésés par des biens recueillis à l'étranger.

monie des décisions » (*Entscheidungseinklang*), objectif avoué d'une partie de la doctrine en matière de renvoi.

SECTION II

LE RENVOI EN DROIT SUCCESSORAL

166. — Nous avons, dans la première Partie, rappelé le rôle considérable joué en droit français par le renvoi pour l'élaboration de la notion de « domicile » selon l'article 102 C. civ. Il est frappant de constater que *le problème a été entrevu, sinon résolu en Allemagne avant Forgo dans un arrêt de la Cour de Lübeck de 1861, Krebs c/Rosalino* (11). Les divergences dans la notion de domicile ont permis d'emblé de poser la question du renvoi « au second degré ». En l'espèce, les consorts Krebs, frères du défunt, réclamaient à la veuve la délivrance de la réserve. Et d'après la règle de conflit de Lübeck, la succession était soumise à la *lex domicilii*, qui était la loi du dernier domicile de Mayence. Les juges admirent qu'on « devait appliquer le droit sous la souveraineté duquel le bien du testateur s'est trouvé après sa mort », y compris la règle de conflit (*Gesamtverweisung*). Mais le droit de Mayence se faisait, semble-t-il, du domicile, une conception analogue à celle qui prévalait en France à la même époque. En l'absence d'un domicile « légal » soumis à autorisation, un « renvoi » s'opérait du droit de Mayence à celui de Francfort, lieu d'origine du défunt. Le droit de Francfort adoptant la même définition du domicile que celui de Lübeck, le conflit aurait été heureusement résolu grâce à l'acceptation, par la loi de Francfort, de la désignation dont elle avait été l'objet. Toutefois la Cour posa le problème sans le résoudre, en tirant prétexte de ce que la teneur de la règle de Mayence était mal établie (12). Mais, par la suite, la jurisprudence allemande se montra très hésitante. Le *Reichsgericht* admit d'abord par deux fois le renvoi en matière successorale dans des arrêts du 8 mai 1880, puis *fini par le rejeter* à partir de 1894 (13). Le désir de ne pas appliquer une loi étrangère dans un domaine où sa règle de conflit la récuse était moins fort que la *crainte d'aboutir*, par le jeu d'un renvoi partiel, à un morcellement successoral déjà contraire à la soumission unitaire à la loi du domicile.

L'admission du renvoi fut l'objet de nombreuses discussions lors de la rédaction du B.G.B. La primauté conférée à la loi nationale ne

(11) O.L.G. Lübeck, 21 mars 1861, S.A., t. XIV, p. 164.

(12) V. à ce sujet KEGEL, *op. cit.*, pp. 109-110. POTU : *La question du renvoi en droit international privé*, thèse, Paris, 1913, p. 86.

(13) Cf. POTU, pp. 87-92.

pouvait aboutir qu'à une référence aux dispositions internes de cette dernière sous peine de « blesser » la souveraineté de la loi allemande. Finalement le renvoi fut retenu dans le cas où la règle de conflit successoriale étrangère « renvoyait » à la loi allemande du domicile. *Au pied de la lettre, l'article 27 ne visait que le renvoi au « premier degré »*, il le refusait à une éventuelle loi étrangère ; on invoqua, en faveur de la formule restrictive, la seule nécessité de donner au droit allemand un champ d'application plus vaste (14).

167 ¹. — Au lendemain de la promulgation du B.G.B., les juridictions inférieures marquèrent pourtant quelques hésitations. Si le statut successoral rentrait dans un des cinq cas de renvoi de l'article 27, il semblait difficile d'introduire la *Spaltung* par le jeu du renvoi. *L'arrêt du Reichsgericht du 27 novembre 1911 mit fin aux controverses* (15). Plusieurs sœurs, copropriétaires d'immeubles en Alsace-Lorraine, à l'époque terre allemande et soumise depuis 1900 au B.G.B., avaient établi une servitude personnelle sur ces immeubles ; la servitude fut inscrite au livre foncier sans le concours du mari français, veuf d'une des copropriétaires décédée. Le veuf céda ses droits successifs à un tiers qui réclama la radiation de l'inscription pour la raison que celle-ci n'avait pas été prise en commun. Elle était nulle en effet, si la succession immobilière était soumise à la loi allemande. Le *Reichsgericht* approuva le renvoi opéré par la règle de conflit de la loi française compétente à la loi allemande de situation des biens. Quoique le *Reichsgericht* ait entrevu les inconvénients de la scission, *il a admis qu'en l'espèce le juge français aurait aussi appliqué la loi de la situation et qu'on parvenait ainsi à l'harmonie recherchée*.

Six ans plus tard, le *Reichsgericht* devait aller au-delà des termes de l'article 27 en faisant jouer le renvoi « au second degré », dans le célèbre cas du ressortissant belge, mort à Saint-Petersbourg (16). Les sœurs du défunt avaient contesté aux neveux l'attribution de toute la succession, tant mobilière qu'immobilière, qui se trouvait en Russie. D'après la règle de conflit allemande, le droit belge était applicable à la totalité de la succession ; le juge allemand devait consulter non seulement le droit interne belge, mais encore la règle de conflit soumettant les immeubles à la *lex rei sitæ*. La règle russe faisait jouer pareillement la *lex rei sitæ* pour les immeubles. Le juge allemand fit application de la loi russe. Le rattachement immobilier était seul susceptible d'être reconnue à la fois par le juge belge et le juge russe ; mais, par une

(14) *Op. cit.*, Poru, p. 171. *Introd. au B.G.B., op. cit.*, p. 125, pour une application limitée du renvoi, H. LEWALD : *Das deutsche internationale Privatrecht, op. cit.*, p. 288.

(15) R.G., 27 nov. 1911, E., 78, n° 11, p. 48.

(16) R.G., 8 nov. 1917, E., 91, n° 37, p. 139.

concession remarquable au principe de division des masses, la succession mobilière du défunt restait soumise à la loi belge. La jurisprudence belge suivait à l'époque le système français de la loi nationale.

167 ². — Depuis lors, *il ne fait pas de doute que le renvoi au premier ou au second degré soit admis en droit positif allemand*. Il y a toutefois des hypothèses où la succession des renvois se révèle impossible et aboutit au célèbre « jeu de raquette » : si un Danois, mourant à son dernier domicile de Rome, laisse une succession mobilière à Hambourg, le juge allemand applique le droit national danois ; la règle de conflit danoise soumet la succession à la loi italienne du domicile du défunt ; mais le droit italien, de son côté, sans accepter le renvoi, fait jouer la loi nationale danoise. Pour sortir de l'impasse, les auteurs proposent d'en revenir à l'application de la loi interne désignée par la règle de conflit nationale, en l'espèce la loi danoise. L'objectif cherché, la combinaison possible des règles de conflit, n'est pas atteint. Il convient donc d'écarter le renvoi (17), (18). L'incertitude sur le rôle du renvoi comme moyen de coordination des systèmes apparaît pourtant, dès qu'on compare le droit international allemand au droit français actuel.

168 ¹. — Dès 1937, M. J. DONNEDIEU DE VABRES ne voyait plus dans le renvoi en matière de succession mobilière qu'une « branche morte sur l'arbre de la jurisprudence ». Il estimait que *le renvoi n'avait servi en droit successoral français qu'au triomphe de la loi du domicile* et que désormais le système français redevenait aussi « territorialiste » que les autres (19). Dans la perspective traditionnelle, le renvoi conduisait effectivement à l'application de la loi du domicile. Mais *on peut aujourd'hui se demander si, dans le cas d'un Français mort alors qu'il était domicilié en Allemagne, le juge français accepterait la désignation du droit national français par la règle de conflit allemande*. Ou encore, on peut supposer que le *de cujus* meurt en France en laissant des immeubles en Allemagne ; la succession est régie par la loi française du domicile ; il serait concevable qu'il y eut un renvoi de la *lex rei sitæ* à la loi du domicile.

(17) Cf. M. WOLFF, *op. cit.*, p. 77, H. BATIFFOL, *Traité, op. cit.*, p. 263.

(18) M. FÉRID a pu employer la comparaison de « gens qui se font des politesses à la porte des hôtels ». Le conflit peut être également inextricable si le *défunt allemand a laissé des parts d'une société américaine fondée en France*. On ne peut éliminer la loi de la société pour mesurer son influence sur la transmission des parts en cas de mort d'un actionnaire. D'après le droit allemand il faut consulter la loi du siège social, loi américaine, qui opérera en général un renvoi à la loi française de constitution de société. La règle française elle-même s'en tiendra à la loi américaine du siège social. Pour sortir de l'impasse, M. FÉRID veut s'en tenir à la solution de l'Etat où a lieu le renvoi au second degré, en l'espèce la solution française. Cf. Mél. Hueck, *op. cit.*, p. 347. Sur le rôle de la loi de la société, *op. cit.*, p. 293.

(19) *Op. cit.*, p. 722.

168 ². — La réponse ne peut dépendre que de la conception générale qu'on se fait du renvoi. Le seul raisonnement logique ne peut suffire. Si le juge français a, en raison de la présence de biens en France, à connaître de la succession mobilière du Français en Allemagne, le vieil argument de l'arrêt SOULIÉ demeure. Le juge français consulte le droit allemand. Or, la règle de conflit allemande prescrit l'application de la loi nationale française : « *Il n'y a qu'avantage à ce que tout conflit se trouve ainsi supprimé.* » C'est un résultat qu'on ne saurait sous-estimer. Qu'il y ait des immeubles en France et des meubles en Allemagne, la loi française s'applique de nouveau à toute la succession, aucun problème de rapport entre les masses ne se pose. Certes, dira-t-on, il y a un « chassé-croisé » : si le juge français fait jouer le renvoi et décide que la succession est régie par la loi française, le juge allemand appliquera, de son côté, la loi allemande au nom de ce même renvoi. *Mais nous ne saurions faire dépendre notre attitude de celle du juge allemand* (20). Ce serait admettre le renvoi dans le cas du Français mort alors qu'il était domicilié en Allemagne, mais le refuser si le Français était mort en Italie, puisque le droit italien repousse le renvoi. On tomberait dans les errements de la « *foreign court theory* » qui, généralisée, est impraticable...

169 ¹. — Pourtant une *importante partie de la doctrine*, où figurent notamment MM. FRANCESCAKIS et RAAPE, conteste la *nécessité du renvoi de la loi du domicile à la loi nationale*. Tous partent plus ou moins explicitement de l'idée que le renvoi ne saurait être une fin en soi, mais seulement un *moyen* qui permet d'aboutir à un résultat efficace, en l'occurrence, l'harmonie des solutions (21). Le juge français devrait donc *contrôler* l'usage du renvoi ; le cas échéant, en revenir à la loi interne étrangère, désignée par la règle de conflit française. Puisqu'on consulte la règle étrangère de conflit, on ne saurait méconnaître l'acceptation qu'elle donne de notre rattachement. Ce ne serait pas, comme le dit M. MEZGER, introduire la théorie du « double renvoi ». Dans le cas du Français domicilié en Allemagne, le juge français écarterait le renvoi et ferait jouer la loi allemande interne, comme le juge allemand y parvient, lui, par le jeu du renvoi (22). Mais, *si le Français mourait domicilié en Italie, l'application du renvoi de la loi du domicile à la loi nationale s'harmoniserait avec la règle de conflit italienne* qui proscriit le renvoi, mais soumet les successions à la loi nationale (23).

(20) En ce sens E. MEZGER : *Die Beerbung von Franzosen in Deutschland*, op. cit. p. 304 (favorable au renvoi).

(21) Cf. concl. de M. FRANCESCAKIS, op. cit., p. 261, H. BATTIFOL, *Traité* n° 312.

(22) En ce sens L. RAAPE : *Rückverweisung im Falle eines französischen Erblassers mit letztem Wohnsitz in Deutschland* (art. 25-27 E.G.), D.R., 1943 (13° An., p. 684).

(23) Sur la nécessité de s'en tenir aux résultats obtenus à l'étranger, cf. KEGEL, op. cit., p. 114.

M. RAAPE a même condamné de manière générale le renvoi de la loi du domicile étrangère à la loi nationale française en partant de la conception française du domicile « rigide » (24). Si on entend par là que le développement croissant du rôle du domicile en droit français rend difficilement acceptable pour un juge français un renvoi à la loi nationale, l'observation est exacte. Mais la généraliser, comme dans le cas du Français mort en Italie, conduirait à une application de la loi étrangère (loi italienne) dans un domaine où le droit italien la récuse. Plus récemment, M. RAAPE a adopté une solution de repli, en supposant que le juge français, par le jeu du renvoi, applique la loi française au Français mort domicilié en Allemagne : le juge allemand devrait alors écarter le renvoi et faire jour la loi française, comme le juge français. *L'harmonie des solutions passerait avant tout autre considération* (25). Sa réalisation suppose qu'un des droits en présence renonce au renvoi.

169 ². — La question reste ouverte en droit positif : *aucun arrêt de la Cour de Cassation ne s'est prononcé sur un éventuel « renvoi » de la loi du domicile à la loi nationale*. On ne peut tirer davantage d'indications des juridictions du fond auxquelles la Cour de Cassation, contrairement au *Bundesgerichtshof*, laisse toute latitude de constater le conflit comme règle étrangère (26). Les cas où un Français est domicilié à l'étranger sont du reste rares. Ainsi le Tribunal civil de Nîmes, dans un jugement du 2 avril 1952, a appliqué, en principe, la loi portugaise à la succession d'un Français mort au Portugal où il laissait un fonds de commerce, sans faire allusion au renvoi ; il est vrai qu'en fait le prélèvement exercé sur les immeubles en France par les héritiers légitimes corrigeait largement ce résultat (26 bis). Seul un arrêt de la Cour d'Aix de 1920 a envisagé cette possibilité. Il est à remarquer que la Convention de La Haye, signée en 1955, ne vise pas le renvoi de la loi du domicile à la loi nationale, mais nous restons, pour notre part, partisan d'un renvoi « contrôlé ».

170 ¹. — L'hésitation est tout aussi grande en matière de succession immobilière, à propos du renvoi de la *lex situs* à la loi nationale. Nous devons encore nous référer à nos développements sur l'« aménagement du renvoi ». Les arrêts l'ont parfois repoussé en motivant leur décision par le refus du « jeu de tennis international » (27). L'argument paraît bien faible aujourd'hui ; les partisans de l'école « territorialiste », avec

(24) Cf. *Internationales Privatrecht*, op. cit., pp. 386-387.

(25) Cf. L. RAAPE, 5^e édition, 1961, p. 414.

(26) FRANCESKAKIS, op. cit., p. 244.

(26 bis) Trib. civ. Nîmes, 2 avril 1952, Serrière, Clun., 1952, p. 888. Cf. antér. « *Boklor Biton* », Aix, 28 janvier 1920, Clun., 1923.99 qui a admis le renvoi de la loi du domicile égyptienne à la loi nationale.

(27) Cf. Colmar, 13 mai 1938, Clun., 1939, p. 115, Trib. Saint-Julien-en-Genevois, 21 octobre 1947, Rev. 1948, p. 304.

plus de pertinence, ont encore attaqué le renvoi comme contraire à l'esprit de l'arrêt *Soulié*. Le renvoi devrait toujours conduire de l'application de la loi « personnelle » à l'application de la loi « réelle » pour soumettre à une règle uniforme les intérêts nés sur le même territoire. Or, les intérêts relatifs à des immeubles étrangers, se règlent selon la loi étrangère (28).

170 ². — Nous pouvons répondre qu'il n'y a aucune raison de faire relever d'une loi étrangère des intérêts qu'elle récuse. Nous approuvons le célèbre arrêt de la Cour d'Aix de 1906, *Raineri c/Bourillon* (29). Il a compris dans la masse à partager selon la loi française l'immeuble de Gênes qui dépendait d'une succession française ; le juge italien soumet en effet la succession à la loi nationale du *de cuius* (à l'heure actuelle, art. 23 du Titre préliminaire du Code civil italien) et n'admet pas le renvoi. Le juge français, lui, le fait jouer, cependant que le juge allemand applique toujours à la succession immobilière allemande d'un Français la loi allemande par le jeu du renvoi (30). Ne pas admettre du côté français le renvoi aboutira à l'unité de solution et tranchera du même coup tout problème de compétence judiciaire. C'est, semble-t-il, le raisonnement suivi par la Cour de Colmar dans son arrêt du 13 mai 1938 (31). Elle a appliqué normalement la loi allemande aux immeubles laissés en Allemagne par un *de cuius* Français ; mais elle n'a pas manqué de relever, à l'appui de sa solution, la soumission à la loi allemande en vertu de l'article 27 E.G. ; elle a conclu (maladroitement) qu'il fallait « éviter le jeu de la raquette », alors qu'on cherchait uniquement à éviter la discordance.

170 ³. — Il est possible toutefois que cette jurisprudence soit dépassée par les arrêts de la Cour de Cassation, assez sybillins, sur la compétence juridictionnelle. Jusqu'en 1933, (à part, comme nous l'avons vu, deux arrêts anciens et controversés), la Cour de Cassation n'avait pas eu l'occasion de se prononcer sur la compétence des tribunaux français pour le partage d'immeubles situés à l'étranger. Les décisions des Cours inférieures, notamment un arrêt de la Cour d'Aix qui avait admis la licitation d'immeubles de la succession situés au Brésil (32) semblaient même favorables à l'unité de compétence juridictionnelle. Mais l'arrêt *Nagalingampoullé* déjà cité (n° 68), du 5 juillet 1933, a cassé la décision de la Cour

(28) Cf. J. DONNEDIEU DE VABRES, *op. cit.*, p. 728.

(29) Aix, 19 juillet 1926, Clun., 1907, p. 153. En faveur du renvoi dans ce cas cf. MORIN : « *Pratique notariale des successions* », Rép. Not. 1961, p. 52, contra L. RAAPE, *op. cit.*, p. 684.

(30) R.G., 27 nov. 1911, *op. cit.*, L.G. München, 15 mai 1952, « *Die Deutsche Rechtspr.* », 1957, p. 473, n° 240.

(31) « *Simon c/Cons. Thomas Rouger* », *op. cit.*, n° 27.

(32) Aix, 24 janvier 1906, Clun., 1906, p. 830.

d'appel de Pondichéry, pour avoir admis la compétence des tribunaux français à propos du partage d'immeubles en Inde anglaise (33). Il a fait appel à l'ordre public et à la compétence législative, en citant l'article 3 C. civ. : « La dévolution successorale des immeubles sis en pays étranger échappe, *en principe*, à la loi française et à la connaissance des tribunaux français, même lorsqu'ils sont la propriété de Français ». La formule a été répétée, presque mot pour mot, vingt ans plus tard, dans l'arrêt *Consorts Besson* (34). La Cour de Cassation a déclaré que la Cour d'appel avait été sans qualité pour chercher si des immeubles en Uruguay pouvaient former des lots d'une valeur équivalente à ceux des immeubles français.

On a pu, pour s'en tenir à la seule compétence juridictionnelle, regretter l'absence d'unité de juridiction, à tout le moins quand il s'agit d'un *de cujus* français domicilié en France, et suggérer que les tribunaux de la situation surseoient à statuer jusqu'à décision du juge compétent (35). Nous verrons qu'il y a *une contradiction entre cette affirmation de principe de la compétence législative étrangère et l'attitude adoptée par la Cour de Cassation qui la nie partiellement*, en réglant le partage de l'ensemble de la succession, biens étrangers compris. Reste à savoir si la formule réserve un éventuel renvoi de la règle étrangère à la loi française. L'avenir du renvoi paraît compromis. M. MAZGER, un de ses défenseurs (qui souligne en même temps et peu logiquement le caractère « factice » de l'unité de statut successoral, en dépit de son mode de réalisation, assez bien réussi en l'espèce) relève que les mots « en principe » laissent la porte ouverte au renvoi à la loi française (36). Mais, *même si le renvoi était encore admis, il y aurait un problème résultant du dualisme des juridictions*, le tribunal de la situation de l'immeuble restant compétent aux yeux du juge français. Or cette compétence, pour le juge allemand, est liée à l'application de la loi allemande et on retomberait ainsi dans un conflit positif, chaque juge prétendant soumettre à sa loi la dévolution successorale immobilière. A moins d'un revirement, l'attitude de la Cour de Cassation qui lie compétence législative et judiciaire, ne laisse guère espérer de nouvelles décisions en faveur du renvoi.

172. — La conclusion qui s'impose est la similitude des situations nées du renvoi, ou de son absence, en droit français et en droit allemand. Le renvoi n'est que rarement suivi en droit français dans la mesure où il peut aboutir à l'unité de loi successorale. En droit allemand, il ne

(33) Cass. civ., 5 juillet 1933, *op. cit.* D., 1934.1.141, note critique SILZ.

(34) Cass. civ., 24 nov. 1953, *Bull. Cass.*, 1953, p. 274, *Rev. crit.*, 1955, p. 698, note E. MEZGER.

(35) Note SILZ, *op. cit.*, qui distingue soigneusement compétence législative et judiciaire.

(36) Note sous Cass. civ., 24 nov. 1953, p. 700 et « *Die Beerbung von Franzosen...* », *op. cit.*, J.Z., 1956, p. 305.

produira d'effet « unitaire » que si l'étranger est mort en Allemagne et y a laissé toute sa fortune, mobilière comme immobilière. Nous sommes ainsi *ramené*, dans un cas comme dans l'autre, *au problème de la « coexistence » de masses soumises à des lois différentes*, avec cette circonstance aggravante pour le droit allemand, qu'aucun texte du B.G.B. n'est comparable à l'article 516 C. civ. sur la distinction des meubles et des immeubles. C'est d'elle que nous nous occuperons d'abord, avant de passer en revue les principales difficultés.

CHAPITRE II

LE PROBLEME DE QUALIFICATION : DISTINCTION DES MEUBLES ET DES IMMEUBLES

173. — Le « tronçonnement » de la succession pose de multiples questions : si un Anglais ou un Français décède en Allemagne et y laisse diverses créances, il ne fait pas de doute, depuis un arrêt de l'O.L.G. de Karlsruhe du 21 janvier 1930, qu'il faille consulter la loi étrangère désignée par la règle de conflit allemande, pour décider si l'étranger avait son domicile en Allemagne, donc si le renvoi jouait (1). Ceci ne peut suffire, si on a quelque doute sur le caractère, mobilier ou immobilier, du bien en Allemagne : *la qualification commande directement le renvoi, si ce renvoi ne s'applique qu'aux meubles, tandis que les immeubles du défunt à l'étranger restent soumis à sa loi nationale*. Mieux même : *de la qualification dépend un éventuel renvoi au second degré* : ainsi un citoyen britannique meurt à Cannes, où il habitait depuis de nombreuses années pour raison de santé et sans espoir de retour en Grande-Bretagne. De sa succession dépend une hypothèque grevant un immeuble de Memel (à l'époque, incorporée à l'Allemagne). Le juge allemand soumet la succession à la loi nationale anglaise : d'après la règle de conflit anglaise la succession relève, pour les meubles, de la loi du domicile (française) ; pour les immeubles, de la *lex rei sitæ*. Si le droit allemand avait abandonné à la règle anglaise le soin de classer l'hypothèque d'après la distinction des biens « meubles » ou « immeubles », on eut pu aboutir à un renvoi « simple », en rangeant l'hypothèque dans les droits immobiliers. Le juge allemand admit, au contraire, un renvoi de la loi anglaise à la *lex situs*, même pour la qualification : dès lors, l'hypothèque étant mobilière pour le droit

(1) Cf. O.L.G., *Karlsruhe*, 21 janvier 1930, J.F.G., n° 7, p. 135, J. Prspr., 1930, n° 179 (Anglaise originaire de Birmanie n'ayant pas de « domicile » en Allemagne au sens anglais du terme). A rapp. de l'arrêt « *De Marchi* », Ch. civ., 7 mars 1938. Rev. Crit., 1938.472 (notion de domicile demandée au droit argentin).

allemand (2), il s'ensuivait un nouveau renvoi à la loi française du domicile, seule compétente pour l'ensemble de la succession (3).

Plusieurs lois possibles s'offrent en effet pour la qualification : soit la *lex fori* (du juge saisi), en vertu de laquelle a été consultée la règle de conflit étrangère, soit cette même règle étrangère, soit encore la loi de situation du bien. Bien que la question soit commune au droit français et au droit allemand, elle est surtout importante dans le droit allemand. Si en effet la loi allemande est appelée à tracer la limite des meubles et des immeubles, elle ne trouve qu'un secours insuffisant dans les classifications du droit interne, et doit procéder empiriquement. Après avoir examiné la détermination de la loi applicable à la qualification, nous prendrons un aperçu de la distinction allemande des meubles et des immeubles.

SECTION I

DETERMINATION DE LA LOI APPLICABLE A LA QUALIFICATION

174 ¹. — *La question de savoir quels biens sont « meubles » et « immeubles » est préalable, dans notre système de division des masses, à la détermination de la règle de conflit.* Elle la commande, et on voit mal comment on pourrait éluder la compétence du for. Pourtant BARTIN lui-même et toute une école impressionnée par l'« attraction » qu'exerce la *lex rei sitæ*, ont voulu sur ce point faire une exception à la *lex fori*. Seule, la loi de la situation, contemporaine de la création du « rapport de droit dont la solution suppose la qualification » aurait à se prononcer sur la distinction des meubles et des immeubles (4). BARTIN généralise la solution, pour des motifs tirés de la sécurité des transactions. Il se refuse à admettre qu'il puisse dépendre du juge du for qu'un meuble, considéré comme immobilisé par la loi du lieu où se trouve l'immeuble, ait un caractère mobilier, avec toutes les conséquences que ceci comporte pour son aliénation ou sa mise en gage. Par préoccupation de trouver une justification propre à la matière des successions, le Doyen LEREBOURS-PIGEONNIÈRE admettait que, même pour les biens situés à l'étranger, la qualification en application de la *lex sitæ* n'était pas en opposition avec

(2) HANS BAADE « *Deutsche Hypotheken im internationalen Erbrecht* » (*Jahrbuch für internationales Recht*, t. 6), p. 295.

(3) Cf. a. ZINN, 1939 (941/ communic. de l'Institut Max-Planck).

(4) Cf. E. BARTIN, « *Principes de droit international privé* », t. 1 (1930), § 88, p. 236 et v. position du Doyen LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, rappelée dans « *Précis de droit international privé* », 8^e édit. par LOUSSOUARN, op. cit., p. 430.

la qualification nationale, puisque le système français reconnaît la prépondérance de la loi de la situation des immeubles (5).

174 ². — C'est à notre avis ne voir qu'un aspect de la question. La *généralisation d'une qualification selon la loi de la situation* « réelle » *risquerait d'entraîner des conflits avec la loi successorale du domicile*. Elle suppose une fois de plus une « hiérarchie » des rattachements, avec une préférence pour la *lex rei sitæ*. Même dans l'exemple du *de cujus* français mort en laissant des immeubles à l'étranger, la qualification selon la loi étrangère ne serait, à notre sens, concevable qu'autant qu'elle commanderait la détermination de la loi applicable par le jeu du renvoi. On sait les incertitudes du droit positif sur cette question. On ne peut, en faveur d'une qualification selon la *lex sitæ*, invoquer qu'un arrêt de Cassation rendu en 1887 en matière d'enregistrement : il a admis, à propos d'une prestation entre vifs, que la qualification devait, « comme en matière civile », se faire selon la loi de la situation (6). Mais deux autres arrêts antérieurs sur l'immobilisation d'une rente par application d'une loi étrangère étaient en sens contraire : une décision intervenue en matière successorale, la célèbre affaire du *château de Nohant* reste équivoque (7). En l'espèce, Mme Gabrielle SAND, petite-fille de l'écrivain, s'était mariée à un Italien. Domiciliée en Italie, sa succession mobilière relevait de la loi italienne. Gabrielle SAND avait légué son château de NOHANT à l'Académie Française, y compris le mobilier affecté au « service moral de l'immeuble ». La dévolution du Château de NOHANT était incontestablement soumise à la loi française. Mais il fut fait droit à la demande du mari italien qui voulait exercer son usufruit sur les meubles, car les articles 524 et 525 du Code civil n'assimilent certains meubles aux immeubles que pour maintenir l'unité dans l'utilisation économique de l'immeuble. On ne peut donc savoir si la loi française a été compétente comme *lex fori* ou *lex situs* (8). De toute manière, l'existence en droit interne d'une *summa divisio* entre meubles et immeubles (article 516 et s. du Code civil) ne rend pas la question brûlante.

175. — *Le B.G.B., au contraire, comme nous le verrons, fait à peine allusion à cette classification* ; la règle internationale ne connaît pas, au départ, de distinction entre meubles et immeubles. Il est donc normal,

(5) En ce sens Y. LOUSSOUARN, *op. cit.*

(6) V. Civ., 5 avril 1887. S., 1889.1387.

(7) Cf. « Palazzi c/ Lauth et Académie Française », Trib. civ., La Châtre, 5 juil. 1910, Cl., 1911, p. 589 et comment. J. DONNEDIEU DE VABRES, *op. cit.*, p. 108.

(8) Une décision plus récente du Tribunal d'Orléans (27 fév. 1951, Rev. 1954, p. 361, note H. BATTIFOL) a appliqué la *lex fori* à une succession mobilière en France, régie par la loi mexicaine ; elle a assimilé certains meubles aux immeubles sans se soucier de la qualification mexicaine ; la *lex fori* était aussi celle de la situation « réelle » des meubles.

si la succession d'un défunt étranger est répartie entre son pays et l'Allemagne, de consulter, pour la qualification, la règle de conflit étranger d'où peut dépendre le renvoi (9). Sans cela, le droit allemand n'élaborerait qu'une distinction imparfaite des meubles et des immeubles, qui pourrait ne pas coïncider avec celle de la règle de conflit désignée. L'objection à notre sens demeure, même si on admet que le renvoi opéré à la loi interne allemande s'applique également à la qualification.

La jurisprudence a été longtemps mal fixée : les premières décisions ont évité de prendre nettement parti. Ainsi la Cour de Karlsruhe, dans un arrêt du 20 mars 1931, a admis le caractère mobilier d'une créance assortie d'hypothèque provenant de la vente d'immeubles allemands. Ceux-ci dépendaient d'une succession, soumise, pour sa part mobilière, à la loi française. La règle française de conflit renvoyait, pour les immeubles, à la loi allemande en lui abandonnant la qualification. Mais la Cour de Karlsruhe s'est empressée de relever le caractère mobilier de la créance, en droit allemand comme en droit français (10). Le *Reichsgericht* fut saisi un peu plus tard du cas de la succession d'un Tchèque, mort en laissant un ensemble de biens et de créances, groupés en une « entreprise » en Allemagne. A l'époque, le Code autrichien (A.B.G.B.) était resté en vigueur en Tchécoslovaquie ; selon son article 300, les immeubles relèvent de la loi de la situation, tandis que les meubles « suivent la personne du propriétaire » (ce qui veut dire qu'ils sont soumis à la loi nationale). Le problème était donc de savoir si la règle tchèque, désignée par l'article 25 de la loi d'Introduction, était compétente pour la qualification ou renvoyait à la loi de la situation allemande (11). Le *Reichsgericht* décida que la loi tchèque, désignée par la règle de conflit allemande, devait se prononcer sur l'appartenance de l'entreprise aux « meubles » ou « aux immeubles » : le § 295 A.B.G.B. la classe comme mobilière ; le renvoi était donc exclu. De manière un peu paradoxale, le *Reichsgericht* admit que la qualification aurait pu obéir à la loi allemande, si le renvoi de la règle de conflit tchèque avait été total, et non pas partiel. Il semble qu'il ait tenu à affirmer l'unité successorale proclamée par la loi d'Introduction, et surtout à éviter l'inconvénient de se prononcer sur des notions étrangères au droit allemand.

176 ¹. — L'arrêt du *Reichsgericht* n'a pu toutefois s'imposer à la jurisprudence des juridictions inférieures. La question a pris une grande actualité après la seconde guerre mondiale, quand surgirent les demandes de dommages de guerre (*Rückerstattung*, restitutions) ou de réparation

(9) En ce sens ZEUGE, *op. cit.*, p. 55, KEGEL, p. 119, mais pour la *lex fori* NEUNER, *op. cit.*, p. 81, M. WOLFF, p. 171.

(10) O.L.G., *Karlsruhe*, 20 mars 1931. J.F.G., 1931, t. 8, p. 116, J. Prspr., 1931, p. 185.

(11) Cf. R.G., 5 juillet 1934. E. 145, p. 85. J.W., 1935, p. 114, note L. RAAPE.

du préjudice (*Wiedergutmachung*), formulées par les descendants d'anciens nationaux allemands réfugiés aux Etats-Unis ou en France. La plupart du temps, les immeubles laissés en Allemagne avaient fait l'objet de confiscations ou de ventes forcées ; la succession de leurs propriétaires, devenus apatrides, fut soumise à la loi étrangère du domicile. Il parut peu opportun de laisser à cette loi le soin de qualifier des demandes qui touchaient de très près à la souveraineté de l'Etat dans lequel l'immeuble était situé, et de courir le risque d'une divergence de réponses différentes à propos des mêmes mesures législatives. Aussi a-t-on considéré que, si la règle de conflit étrangère admettait la scission, un renvoi devait être accepté pour la qualification au droit allemand, la créance de restitution prenant, en vertu d'une fiction, la place de l'immeuble (12).

176 ². — *Un revirement de jurisprudence fut enfin opéré par l'arrêt du Bundesgerichtshof du 5 juin 1957 (13)*. Un Allemand, d'origine israélite, était, jusqu'en 1936, associé commanditaire d'une fabrique de tissus dans le patrimoine de laquelle figuraient toutes les parts d'une S.A.R.L. de filature. Cette filature possédait des immeubles. En 1936, la fabrique avait été confisquée pour « aryanisation », et du coup, les parts de la société de filature avaient été l'objet d'une vente forcée à un tiers, qui opéra un transfert des parts à sa propre affaire. L'Allemand émigré mourut en 1948 à son domicile de Californie. Une fille, exhérédée par le testament du défunt, réclama sa portion de légitime : les héritiers avaient pu faire valoir leur demande de restitution des parts de société en Allemagne ; comme la S.A.R.L. de filature avait possédé des immeubles, la fille prétendait exercer sa légitime sur les parts considérées comme immobilières, donc relevant de la loi allemande. En première instance le *Landgericht* repoussa la demande ; celle-ci fut admise en appel. Mais le *Bundesgerichtshof* cassa la décision. Le droit Californien, désigné par la règle de conflit allemande, renvoyait, même pour la qualification, à la loi de la situation. Le droit allemand devait être appliqué dans toute son étendue, sans qu'on eut à se préoccuper d'une distinction à opérer entre un renvoi total ou partiel, chaque masse gardant son autonomie. Or la part du défunt, dans le patrimoine d'une société, ne peut avoir un caractère variable, en droit allemand, selon la composition du patrimoine. Elle est mobilière. Le renvoi fut donc écarté et la demande de la fille, implicitement repoussée. La solution ne fait plus de doute en droit positif (14) bien que l'arrêt se soit attiré le reproche d'avoir

(12) Cf. O.L.G., *Frankfurt-am-Main*, 2 juillet 1953. N.j.W., 1954, p. 111 et Rabels. Z., 1954, avec l'importante note de M. NEUHAUS, pp. 556-568 (apatride résidant en Angleterre). O.L.G., *Köln*, 3 déc. 1954. N.j.W., 1955.1, p. 775 et I Prspr., 1960.1, p. 221 (apatride ayant résidé en France).

(13) B.G.H., 5 juin 1957. N.j.W., 1957, p. 1316. M.D.R., 1957, p. 733, note THIEME.

(14) En ce sens FÉRID, « *Mél. Hueck* », *op. cit.*, p. 354, n° 51.

méconnu le caractère unitaire du rattachement successoral (15). Désormais, *chaque fois que la loi allemande sera compétente comme lex rei sitæ, elle devra être suivie pour opérer la distinction des meubles et des immeubles, ce qui nous amène à notre second point.*

SECTION II

DISTINCTION DES MEUBLES ET DES IMMEUBLES EN DROIT ALLEMAND

177. — Si meubles et immeubles constituent la *summa divisio* des biens en droit français, *les différents Codes allemands ne donnent que des indications fugitives et contradictoires* (16). Ainsi, le B.G.B., jusqu'à la réforme des régimes matrimoniaux de 1958, énumérait les biens de caractère immobilier dans son § 1351 2°, à propos de la communauté de meubles et acquêts : étaient considérés comme immeubles les biens corporels nécessitant une inscription au registre foncier (fonds de terre et navires), ainsi que les créances ayant pour objet le transfert de propriété. En revanche, hypothèques et dettes foncières étaient exclues de cette liste, alors que le § 865 du Code de procédure civile (Z.P.O.) n'écarte pas *à priori* le caractère immobilier de l'hypothèque à propos de la saisie. Si le § 1821 élimine l'hypothèque des droits sur un immeuble dont le tuteur ne peut disposer sans l'autorisation du tribunal de tutelle, c'est seulement « au sens de ces dispositions ». On ne peut tirer de tout cela une conclusion générale (17).

L'accent est plutôt mis sur le caractère *corporel* ou *incorporel* des biens. Par exception, les droits liés à la propriété d'un immeuble sont considérés comme « partie constitutive » de l'immeuble (*Bestandteile*), donc immobiliers (§ 96 B.G.B.). La doctrine ne donne qu'une définition négative des meubles : ni portion délimitée de la surface terrestre, ni accessoires ou partie intégrante de cette portion. Les lapins de garenne ou pigeons des colombiers, immeubles par destination selon le droit français, garderaient toujours le caractère de « meubles » pour le droit allemand (18).

178. — On comprend donc les hésitations qu'ont eues les tribunaux

(15) KEGEL, *op. cit.*, p. 120.

(16) V. à ce propos la thèse de Saigut SANGOUDHAI : *Die Einteilung der Sachen in bewegliche und unbewegliche im internationalen Privatrecht*, Berlin, 1936.

(17) Sur ces incertitudes, cf. SANGOUDHAI, pp. 8-9 ; BAADE, *op. cit.*, pp. 293-294.

(18) Cf. SANGOUDHAI, p. 11. E. HIRSCH, *Einführung in das bürgerliche Vermögensrecht*, 1956, p. 51.

allemands : M. NEUHAUS, sans nier la nécessité du renvoi à la *lex rei sitæ*, invite le juge allemand à ne pas, dans la mesure du possible, entrer en conflit avec la qualification étrangère (19). Les droits de restitution appartenant aux victimes des spoliations nazies sont apparus comme à la limite des droits réels et des droits de créance. La fiction suivant laquelle les droits en question ont pris la place de l'immeuble, en raison du caractère « réel » de l'annulation des mesures antérieures, s'accorde avec la législation française des dommages de guerre, qui a attribué au droit à indemnité la même nature que le bien sinistré (20). Sur plus d'un point toutefois, le recours aux « principes généraux » a permis de restreindre la catégorie des « immeubles », de limiter les conséquences de la division des masses : ainsi, l'hypothèque est considérée, par la plupart des auteurs, comme l'accessoire du droit de créance pour la sûreté de laquelle elle a été prise ; elle suit donc son sort à propos du renvoi (21). De même, la part d'un associé sera toujours réputée mobilière, même si la société a des immeubles en Allemagne. Si nous pouvons regretter, au nom d'une logique rigoureuse, que la loi désignée par la règle de conflit allemande ne se prononce pas elle-même sur la qualification, il nous paraît du moins utile d'éviter, si possible, la dualité de lois applicables, source de difficultés.

(19) *Op. cit.*, p. 562 (Rabels Z., 1954) ce souci n'apparaît pas en France dans la décision du Trib. civ. d'Orléans (*op. cit.*).

(20) Art. 32, loi 28 octobre 1946, cf. RIPERT et BOULANGER, *op. cit.*, n° 2189.

(21) Cf. H. BAADE, *op. cit.*, p. 295, NEUHAUS, p. 564.

CHAPITRE III

LE « DUALISME SUCCESSORAL ET LES PROBLEMES DE DEVOLUTION ET DE TRANSMISSION

179. — Avec l'application simultanée de deux ordres juridiques à une même succession, nous pénétrons vraiment au cœur des difficultés. Elles sont apparemment redoutées de la pratique, puisqu'à croire le rapporteur au 58^e Congrès des Notaires de France, les notaires engagent vivement leurs clients étrangers à faire apport de leurs immeubles en France à des sociétés, ou à les convertir en valeurs mobilières pour réaliser l'unité de loi applicable (1). Le renvoi crée d'ailleurs un problème similaire en droit allemand. *Jurisprudence française et allemande s'accordent pour proclamer l'« autonomie » de chaque « masse » successorale.* Si un étranger meurt domicilié, soit en France, soit en Allemagne, seul est pris en considération l'ensemble des biens régi par le système national. Peu importent les contradictions qu'entraîne éventuellement l'application d'une loi étrangère. *Cette attitude purement négative ne convient, nous le verrons, ni au passif successoral* qui ne se laisse pas « fragmenter », *ni même au partage.* Pour s'en tenir uniquement à la dévolution et à la transmission, on constate en fait, surtout en raison de l'institution française du prélèvement, *qu'on ne peut nier qu'une succession forme un tout*, en droit international comme en droit interne. C'est pourquoi, après avoir montré les inconvénients du morcellement, nous chercherons, dans une seconde Section, à en souligner les atténuations possibles.

(1) 58^e Congrès des Notaires de France, rapport de M^e PESTOURIE, *op. cit.*, p. 139 et Paris, 6 avril 1962, *op. cit.* Espèce dans laquelle un citoyen britannique, domicilié en Irlande avait constitué de passage à Monaco une S.A.R.L., fictive propriétaire d'un appartement.

SECTION I

LES CONSEQUENCES DU PRINCIPE DE DIVISION DES MASSES

§ 1. — Successions *ab intestat*.

180¹. — La soumission à plusieurs lois successorales est un aspect bien connu — et critiqué — du système français. Il en va de même en droit allemand, comme l'illustre, par exemple, un arrêt de la Cour Suprême de Bavière du 27 octobre 1959 (2). Une *de cujus*, allemande par son mariage, était morte en laissant plusieurs maisons et des meubles à Salzbourg (Autriche), une maison et des biens meubles à Karlsbad (Sudètes). Un héritier institué demanda le calcul des parts selon la valeur de l'ensemble des biens transmis. Les meubles et immeubles en Tchécoslovaquie furent confisqués sans indemnité par le décret d'octobre 1945. Mais les descendants de la spoliée pouvaient faire valoir des droits dits « d'égalisation des charges » (*Lastenausgleichansprüche*) : ces droits étaient soumis à la loi allemande, selon du reste la désignation faite par la nouvelle règle de conflit tchèque (art. 40, loi du 11 avril 1948) qui a adopté le rattachement unitaire de la loi nationale. Le mobilier en Autriche relevait également de la loi allemande par renvoi au droit allemand opéré par la règle autrichienne de conflit. La dévolution des maisons de Salzbourg restait au contraire du ressort de la loi autrichienne, en vertu de l'article 300 A.B.G.B. et de l'accord austro-allemand du 15 juin 1957 : les héritiers se voyaient conférer la restitution des biens allemands « gelés » en Autriche, autant que leur valeur n'excède pas un certain « plafond » ; le droit à la restitution avait la même nature que le bien en litige. Il y eut donc formation de deux masses d'inégale importance : l'une, soumise à la loi allemande ; l'autre, à la loi autrichienne. Le calcul des parts et l'interprétation du testament dut s'opérer de manière distincte. L'héritier défavorisé par les règles de dévolution d'une masse, ne pouvait, sauf s'il était allemand (art. 25-2°) exercer de recours sur son cohéritier.

180². — Les mêmes principes ont été souvent appliqués par les décisions françaises : la succession obéit, le cas échéant, à deux lois différentes, étant entendu que la division s'est opérée d'après la consistance des biens existant au jour du décès. *La licitation ultérieure d'un immeuble de la masse indivise soumis à la loi française, et le remploi du prix en l'acquisition de valeurs mobilières étrangères, ne serait pas pris en*

(2) B.O.L.G., 27 octobre 1957. E.B.O.L.G., 1959, p. 391, n° 57.

considération par la jurisprudence (v. n° 156). Le « cloisonnement » est en effet rigoureux : ainsi, la réserve se calcule sur les seuls biens immobiliers français, sans faire entrer en ligne de compte une succession mobilière relevant de la loi espagnole. Celui qui a été gratifié à l'étranger de tout le disponible, pourra encore réclamer sa part de réserve sur les biens français. A l'inverse, la renonciation opérée par les filles au profit de leur frère ne saurait compromettre leurs droits sur la réserve française (3).

§ 2. — Successions testamentaires.

181. — Les contradictions s'aggravent encore avec la succession testamentaire. Dans certains cas, la volonté du défunt est arbitrairement « tronçonnée ». L'arrêt *de Goyeneche* a encore rappelé que l'interprétation d'un legs d'un hôtel de Paris qui avait été fait par une Péruvienne, domiciliée en Espagne, obéissait à la loi française (4), le reste de la succession étant sans doute soumis à la loi péruvienne, d'après la règle espagnole de conflit. Il y avait du moins dans cette scission une application raisonnable de la volonté présumée du défunt, relative à l'immeuble français.

Plus grave est le cas où la nullité de la disposition testamentaire résultera de la désignation opérée en application de la règle de conflit. Ainsi, un Allemand qui était propriétaire d'un immeuble anglais, avait rédigé à Hambourg un testament olographe relatif à cet immeuble. La règle de conflit allemande s'efface, en vertu de l'article 28, devant la loi anglaise, laquelle déclare nulle la rédaction du testament olographe. Mais alors, selon l'article 11-1°, la forme allemande suffit au juge allemand, qui estime valable la disposition testamentaire. Le juge anglais au contraire la considère comme inefficace (5). On comprend dès lors que certains, inquiets de ces conséquences, aient proposé de reconsidérer les rapports entre la forme et le fond, le testateur ayant pu croire, au moment de la rédaction, que le testament serait valable selon la loi allemande (5 *bis*).

Même si le testament est valable, l'exécuteur testamentaire, nommé par le défunt, aura des pouvoirs très variables selon les masses : il aliénera valablement des immeubles allemands (§ 2205), tandis que ses droits seront plus restreints sur les biens français (6). Le souci d'assurer

(3) Civ., 26 janvier 1892, D.1892.497, note P. PIC.

(4) Cass., 14 mars 1961, Rev. 1961, p. 774, note H. BATIFFOL, *op. cit.*

(5) W. ZEUGE, *op. cit.*, pp. 59-60.

(5 *bis*) G. BEITZKE : *Nachlasspaltung und Testamentsform im Internationalprivatrecht Festschrift*, Lewald, Basel, 1953, qui critique la décision de l'O.L.G. de Karlsruhe ayant prononcé la nullité d'un testament américain sur un immeuble allemand, faute d'indication du lieu d'érection (cf. pp. 235-243).

(6) K.G., 13 mai 1912, K.G.J., 1912, p. 141. RAAPE, *Kommentar B.G.B.*, p. 688.

la cohérence souffre de ces solutions. Elles ne sont en réalité viables que parce qu'il y a des tempéraments possibles. Ce sont eux maintenant que nous allons étudier (7).

SECTION II

ATTENUATIONS APPORTEES A LA DIVISION DES MASSES

§ 1. — Dans la dévolution successorale.

182. — Les défauts les plus sensibles de la séparation des masses sont compensés en droit français par la *place reconnue à l'autonomie de la volonté*. Nous avons montré dans la première partie quelle est un procédé de validation des testaments, même si une application stricte de la règle de conflit menait au résultat contraire. Nous n'y reviendrons pas, tout en notant la présomption générale de référence à la loi du domicile dans la succession testamentaire.

Dans quelques cas exceptionnels, l'unité successorale apparaît par suite *du renvoi*, de la loi étrangère de la situation de l'immeuble, à la loi française du domicile. Ainsi, dans l'arrêt *Raineri* de 1906, l'immeuble de Gênes avait été compris dans la masse à partager, et un expert commis pour vérifier s'il était, ou non, partageable en nature.

Surtout, *l'institution du prélèvement rappelle que, même en droit international, la succession n'est qu'une*. On connaît toutes les critiques apportées à la loi de 1819, la perturbation qu'elle apporte à notre système de conflit, dès lors qu'un héritier légitime français, en concours avec des étrangers, se trouve exclu, à quelque titre que ce soit, en vertu des lois et coutumes étrangères. Une Française, mariée à un Anglais, a institué son mari, légataire universel ; elle laisse des biens meubles et immeubles en Angleterre, un compte en banque, en France. A la mort de la femme, le mari anglais entend toucher le montant du compte en France. Il se heurtera au fils exclu par le testament. Si le fils est anglais au regard de la loi anglaise, il est aussi français à nos yeux, sauf répudiation dans les six mois de sa majorité ; il pourra donc valablement exercer le prélèvement en vertu de l'article 913 C. civ., le compte-

(7) Le « morcellement » a été poussé le plus loin possible dans l'article 45 du Traité (révisé) de Montevideo de 1940. On y lit en effet que « la... loi de la situation régite... tout ce qui se rapporte à une succession légale et testamentaire » (cf. *Etude comparative sur le Code Bustamante, les traités de Montevideo et le Restatement of the law of conflict of laws*. Département juridique de l'Union panaméricaine ; Washington, 1954, édit. française, p. 85). A notre avis, pareil résultat n'a été atteint que par l'étroite « parenté » juridique des Etats signataires (Argentine, Paraguay, Uruguay, Bolivie et Pérou).

courant restant probablement inférieur à la moitié de la succession que lui reconnaît la loi française (8).

Mais ce n'est là que l'aspect négatif du prélèvement ; la substitution de la règle française à la règle étrangère, normalement compétente. Le jeu de l'ordre public aurait sans doute abouti au même résultat (9).

Il est un autre côté du prélèvement, positif celui-là. Le juge français ne doit pas s'attacher uniquement aux biens soumis à la loi française. *Si, à l'heure actuelle, le prélèvement suscite tant de difficultés, c'est, à notre avis, en raison de la contradiction entre le dualisme de la règle de conflit française, et la réalité d'une masse successorale qui reste une, quelle que soit la situation des biens.*

Pour calculer la part qui aurait dû revenir à l'héritier français, il est d'abord nécessaire de *comprendre fictivement dans l'actif successoral l'ensemble des biens* tant en France qu'à l'étranger. Un grand argument invoqué par la pratique contre l'unité successorale est la difficulté d'évaluation des biens à l'étranger. Telle est pourtant la règle courante pour le prélèvement. Ainsi un Français meurt domicilié au Mexique, après avoir institué ses enfants naturels légataires universels. Il laisse divers biens en France et deux maisons à Mexico. La sœur du défunt, en vertu du prélèvement, a droit à l'ensemble des biens français (la moitié de la succession). L'arrêt de la Cour de Paris est particulièrement net sur le mode de calcul : « Considérant que... le tribunal a compris dans ce partage les biens de toute nature, situés soit en France, soit au Mexique ; que s'il avait procédé autrement, *s'il avait ordonné deux liquidations différentes*, et s'il avait attribué aux appelants (les enfants naturels du défunt) la moitié des biens et valeurs de France, *il aurait pu consacrer une inégalité dans l'attribution* ; que le notaire... se procurant au Mexique tous renseignements utiles, pourra présenter un travail complet dans lequel des évaluations différentes selon la nature des biens, leur situation, leur valeur, seront prises en considération pour constituer l'actif à partager » (10). Reste évidemment à réaliser dans les faits la coopération entre praticiens.

182 bis. — Si le but du prélèvement est de sauvegarder l'« égalité des partages », c'est-à-dire la part qu'aurait octroyée la loi française à l'héritier français, il reste à savoir *sur quels étrangers* il s'exercera. Il n'y a pas de question, s'il n'y a en présence qu'un héritier français et

(8) Cas pratique in G. MORIN, Rép. Not., 1961, p. 53.

(9) Cf. H. BATIFFOL : *Traité*, n° 663 qui invoque l'intervention de l'ordre public en cas de suppression du prélèvement.

(10) Cf. « *Decaen* », Cour Paris, 14 janvier 1873 D.1874.2, p. 235. V. encore « *Beer* », Cour Aix, 5 janvier 1953, Clun., 1953, p. 372 (« il est nécessaire... pour connaître l'étendue de la réserve héréditaire de Jean BEER... de déterminer l'étendue de la masse successorale elle-même toute entière » en une espèce où les biens étaient répartis entre les Etats-Unis, l'Argentine et l'Italie).

étranger, comme dans notre exemple précédent, ou si la loi étrangère favorise uniformément plusieurs héritiers étrangers au détriment d'un Français. Dans ce cas, les biens en France subiraient une réduction proportionnelle. Mais le défunt peut n'avoir avantagé par testament qu'un seul des cohéritiers étrangers. Dès lors, *lorsque les autres cohéritiers étrangers recueillent une portion de biens en France, le problème se pose de savoir si le Français exclu pourrait compléter sa réserve sur la portion des autres cohéritiers*. Force est donc bien ici de prendre en considération la règle de dévolution étrangère. *La Cour de Cassation s'est refusée à faire porter le poids du prélèvement sur la part des héritiers désavantagés* (11). Si le *de cujus* avait fait un legs, excédant la quotité disponible reconnue par la loi française, et si on admettait que l'héritier français prélève indistinctement sur les biens des cohéritiers étrangers en France, on arriverait à exclure complètement les cohéritiers étrangers désavantagés ; or, l'article 1^{er} de la loi de 1819 autorise en principe les étrangers à succéder au même titre que les Français. Selon les motifs de l'arrêt de 1863 de la Chambre des Requêtes : « ... Ce que l'héritier étranger lésé par la loi de son pays qui avantage à son préjudice un de ses cohéritiers au-delà de la portion disponible française peut raisonnablement demander, c'est que le prélèvement qu'autorise l'article 2 de la loi de 1819, en faveur de l'héritier français lésé comme lui, ne l'atteigne pas et s'exerce sur la portion de l'héritier avantagé... Dès lors, s'il ne profite pas aux héritiers étrangers qui souffrent comme l'héritier français des inégalités auxquelles il a pour objet de remédier, du moins il ne leur préjudicie pas... » (12). Certains héritiers étrangers ne peuvent se voir infliger d'un double désavantage, l'un résultant de leur propre loi étrangère, l'autre du prélèvement.

183. — Il faudrait même, à notre avis, aller plus loin. L'article 87 de l'Avant-Projet de Code civil maintient, on le sait, le prélèvement au profit du Français, dès lors que le Français a été exclu de la succession étrangère en sa qualité d'étranger. Mais cette disposition, qui reprend à peu près les termes de la loi du Grand-Duché de Bade en vigueur jusqu'en 1900 (13), équivaut à la suppression du prélèvement ; aucune loi étrangère n'exclut plus en effet un Français en tant que tel ; *l'hypothèse visée par la loi de 1819, celle de l'Angleterre écartant les étrangers de*

(11) Cf. Cass., 27 août 1850, D.1850.1.257 et Ch. Req., 29 juin 1863, D.1863.1.419.

(12) Cf. Ch. Req., 29 juin 1863, « *Jackson et Knox c/ Blasini* » pour l'approb. de cette jurisprudence. J. RUFFIER-LANCHE « Le droit de prélèvement établi par l'art. 2 de la loi du 14 juillet 1819 », thèse Paris, 1903, p. 106.

(13) Loi du 4 juin 1864 « lorsqu'une partie des biens d'une succession ou d'une donation se trouve dans le pays et une autre partie à l'étranger et que les nationaux sont exclus de cette dernière en leur qualité d'étranger, ils retiennent un dédommagement égal sur la part des biens situés dans le pays revenant aux étrangers qui les excluent », *op. cit.* RUFFIER-LANCHE, p. 152.

la succession immobilière, *est dépassée*. Or, si le prélèvement est si unanimement attaqué, c'est qu'il s'attache à la seule qualité de français pour sauvegarder la part reconnue par la loi française. En cas de concours de cohéritiers français et étrangers et de désavantage provenant de dispositions testamentaires prises au détriment d'un Français et d'un étranger, *les biens situés en France devraient, selon nous, être répartis si possible par parts égales entre le Français et l'étranger*.

Dès lors, il faudrait supposer que la loi étrangère exclut les héritiers d'une manière qui justifierait l'intervention de l'« ordre public ». Il est vain de prétendre supprimer purement et simplement le prélèvement. Le juge français n'admettrait pas davantage en cette hypothèse qu'un défunt anglais ait exhérité ses propres héritiers, quelle que soit leur nationalité. Le prélèvement ainsi compris nous paraîtrait à la fois plus conforme aux exigences de l'ordre juridique français (respect de l'égalité entre les héritiers) et accroître ses chances d'être reconnu à l'étranger. Il faudrait imaginer une succession soumise toute entière à la seule loi du domicile, car, dans l'état du droit positif actuel, la distinction des meubles et des immeubles est niée, à propos du prélèvement, de manière peu cohérente.

On voit ainsi que le droit français n'a pas poussé le principe de séparation des masses dans ses dernières conséquences. Il nous paraît révélateur à cet égard, que, malgré des critiques incessantes, la loi de 1819 n'ait pas été abrogée. Le renvoi a, au contraire, créé en droit allemand une situation non prévue par les textes ; la jurisprudence allemande, nous le savons, n'adoucit pas la rigueur des solutions auxquelles conduit le morcellement. Elle refuse notamment de faire place à la volonté du défunt dans la succession testamentaire. La *prise en considération du conflit positif* est l'unique tentative qui soit faite en vue d'« harmoniser » les solutions.

§ 2. — Dans la transmission successorale.

184¹. — Si, en droit français, le « pluralisme » de lois successorales n'est pas niable pour la dévolution, *les hésitations commencent avec la transmission de la succession*, notamment avec les options que peut prendre l'héritier. L'application de la loi successorale ne présente aucune difficulté en droit français si l'étranger était domicilié en France. Mais s'il laisse des immeubles à l'étranger, ses héritiers pourront « accepter » une masse, « renoncer » à l'autre (14). C'est admettre plus ou moins implicitement que le choix de l'héritier est guidé par la considération d'un passif qui se « tronçonne » à l'image de l'actif. Avec prudence *les notaires français*, consultés au cas où le passif d'une des masses est

(14) En ce sens H. BATIFFOL : *Traité, op. cit.*, n° 672.

supérieur à l'actif, *recommandent l'acceptation sous bénéfice d'inventaire* au domicile français (15). Il faut savoir à quel titre la loi française gouverne l'acceptation sous bénéfice d'inventaire. La majorité de la doctrine ne voit là qu'une question de crédit public qui est du ressort de la loi réelle (16), du moins dans les relations entre les héritiers et les créanciers. Mais l'acceptation bénéficiaire laisse à l'héritier sa qualité et ses droits ; et cette solution semble incompatible avec la division des masses. *Aussi la Cour de Cassation, dans un arrêt de 1866, Cogels c/ Héritiers d'Espagnac a été conduite à l'application d'une loi unique dans les rapports avec les créanciers* (17).

184². — Les héritiers d'ESPAGNAC ayant accepté sous bénéfice d'inventaire la succession de leur père, les créanciers de la succession obtinrent, dès 1840, un jugement ordonnant aux héritiers de rendre compte de leur administration. Le défunt avait laissé, non seulement des valeurs mobilières à Paris, mais encore des biens meubles et immeubles à Modène (Italie). Le compte ne fut relatif qu'aux valeurs mobilières de Paris. Les créanciers soutinrent alors qu'ayant refusé de rendre compte de l'administration de la part de succession sise en Italie et qu'ayant, d'autre part, aliéné divers biens, les héritiers d'Espagnac étaient déchus du bénéfice d'inventaire. La Cour de Paris admit leur requête en énonçant « *qu'à leur égard la succession est indivisible, comme la qualité bénéficiaire prise par les héritiers qui ne peuvent se retrancher derrière le statut réel pour se refuser à rendre en France un compte d'administration que ce statut ne régit pas* ».

La Cour avançait, à l'appui de sa solution, deux arguments :

Le premier, non repris par la suite en Cour de Cassation, était tiré, comme nous l'avons déjà vu dans le premier titre, des « Observations sur la coutume de Bourgogne », du Président BOUHIER. Par l'acceptation, un quasi-contrat avait été passé entre les héritiers et les créanciers, celui de ne pas tirer profit des biens de la succession, tant que les dettes n'ont pas été acquittées. La loi applicable ne pouvait donc être que celle du pays où le quasi-contrat s'était formé. Le caractère hypothèque d'un tel raisonnement l'a fait abandonner au jour de la discussion.

Le second argument consistait à relever le « caractère personnel » de l'action des créanciers, distincte de l'action « réelle » par laquelle ils exerceraient des poursuites sur l'immeuble. Sur pourvoi, la Cour

(15) Cf. 58^e Congrès des Notaires de France, *op. cit.*, p. 326.

(16) LEREBOURG-PIGEONNIÈRE et LOUSSOUARN : *Précis*, n^o 481, p. 610. PILLET, t. 2, n^{os} 589-590 pour la loi de la dévolution, c. MAURY et VIALLETON, pp. 640-641.

(17) Cf. Cour Paris, 9 décembre 1864. S.1865.2.42 et sur pourvoi Cass. Req., 23 avril 1866, S.1866.1.290, pour l'application de la loi successorale à la forme, V. *infra*, n^o 144.

(18) Cf. BOUHIER : *Observations sur la Coutume de Bourgogne*, Ch. 21, n^{os} 212-215 et sa réfutation par LAURENT, rap. dans VOUMARD, *op. cit.*, p. 138.

de Cassation fit sienne la décision de la Cour de Paris, pour des motifs tirés de la *nécessité d'un loi unique* pour tout ce qui se répercute sur le passif successoral : « Attendu que les biens du débiteur sont le gage de ses créanciers, quel que soit le lieu de leur situation ; que l'article 2092 C. Napoléon pose le principe de la manière la plus générale et ne permet à cet égard aucune distinction entre les biens que le débiteur possède en France et ceux qui lui appartiennent en ce pays étranger... ; attendu que l'héritier bénéficiaire est tenu sur les biens de la succession ; que par suite l'obligation de rendre compte aux créanciers qui lui est imposé par l'article 803 C. Napoléon doit comprendre sans exception tout ce qu'il a recueilli... ».

184³. — Sans anticiper sur ce qui touche au passif successoral, nous ne pouvons qu'approuver cet arrêt. Sans doute il se heurte à quelques obstacles : pour les meubles à l'étranger, il ne fait pas de doute qu'un tribunal étranger, comme le tribunal allemand, reconnaîtra les effets du bénéfice d'inventaire et s'estimera incompétent (n° 149). Par contre, si les immeubles sont, par renvoi, soumis à la loi allemande, il n'existe pas de « bénéfice d'inventaire » en droit allemand. Mais la nécessité, nous le verrons, ne s'en fait guère sentir, en raison du peu d'importance du passif « immobilier ». *Il serait toutefois préférable de nommer dans ce cas un « administrateur de la succession » ou d'ouvrir la procédure de faillite, ce qui équivaut au bénéfice d'inventaire.* Une sommation serait adressée aux créanciers français comme allemands pour faire valoir leurs droits. Autrement, la solution française risquerait d'être lettre morte au-delà des frontières (19). Ce qui semble être la plus souhaitable, à partir du seul droit français, est parfois difficile à mettre en œuvre sur le plan international (20).

(19) L'O.L.G. de Karlsruhe dans un arrêt du 2 juin 1891 (Bad. Ann., t. 60, p. 81) a admis que la loi hollandaise du domicile du défunt était compétente pour le bénéfice d'inventaire « sans considération de la situation des biens » (alors que la succession comprenait un immeuble à Heidelberg) mais ceci antérieurement à l'admission du renvoi, et sans que la Cour relève de contradictions entre la loi hollandaise et la loi badoise, loi d'origine du défunt.

(20) La Cour de Paris (arrêt de 1864, *op. cit.*) n'a pas manqué de relever d'une manière qui nous laisse perplexe, l'absence de signification de la sentence du Conseil de Modène ; elle déniait aux réclamants la qualité de créanciers sur les immeubles d'Italie.

CHAPITRE IV

LE PASSIF SUCCESSORAL

185. — On sait *quelle importance a joué*, dans les controverses entre partisans de l'unité et de la pluralité de lois successorales, *l'existence du passif*, et comment SAVIGNY a mis en relief les difficultés qu'il soulève. Toute solution adoptée en la matière doit en effet nécessairement trancher un conflit entre des *intérêts opposés, ceux des héritiers et ceux des créanciers*. Le droit allemand, contrairement aux antécédents germaniques qui limitaient à la succession mobilière la responsabilité aux dettes, et qui plus tard admirent de plein droit une limitation de la responsabilité, a recueilli le principe romain de la responsabilité illimitée des successeurs à titre universel, comme le droit français (1). En cas de pluralité d'héritiers, le B.G.B. dispose même que les héritiers sont tenus *solidairement* des obligations de la succession (§ 2058) sans retenir la division de plein droit adoptée par le Code civil (article 970). Dès lors qu'un Français était domicilié en Allemagne et laisse des biens répartis entre la France et l'Allemagne, il peut être tentant, pour les « créanciers » allemands (cette catégorie au sens du § 1967 B.G.B. englobe tous ceux qui ont droit à la légitime, aux legs et aux charges) de se faire payer dans le pays où ils auront la plus grande garantie de solvabilité, fût-ce aux dépens d'éventuels créanciers français. L'application de deux lois différentes à une même succession risque davantage de faire dépendre de leur arbitraire la répartition du passif et, du même coup, de les laisser maîtres de la dévolution finale de l'actif (2). *La justice commande donc de ne pas perpétuer le principe de la division des masses et de rétablir une délicate proportionnalité avec la dévolution de l'actif*. Pour plus de clarté, nous distinguerons suivant qu'une ou plusieurs lois gouvernent la succession.

(1) Cf. KIPP-COING, pp. 397-398, *op. cit.*

(2) En ce sens, v. R. SAVATIER : *Cours de droit international privé*, Paris, 1947, n° 436.

SECTION I

LE PASSIF ET L'UNITE DE LOI SUCCESSORALE

186. — Parmi tous les rattachements possibles, *celui de la loi du domicile*, au cas de soumission à une seule loi successorale, *paraît revêtir une valeur particulière*. Il en est d'abord ainsi en droit français. La transmission héréditaire des dettes est liée à celle des droits du défunt, et entraîne la confusion entre son patrimoine et celui du successeur. Il est nécessaire, pour peu que le défunt ait eu des créanciers de diverses nationalités, que ceux-ci soient renseignés sur l'exacte consistance de l'actif, et le domicile est à cet égard le repère le plus sûr ; *c'est là que les héritiers seront à même de limiter leur responsabilité* ; par le bénéfice d'inventaire, en droit français ; par l'administration de la succession, de caractère temporaire, et par la faillite après décès, en droit allemand. Il y a tout avantage à admettre la compétence de la loi successorale (3). Il suffit de rappeler la jurisprudence qui reconnaît les pouvoirs de l'*administrator* anglo-saxon en France pour la liquidation du passif successoral. Une décision caractéristique, celle du Tribunal de Commerce de la Seine du 16 avril 1920 a fait ainsi application de la loi successorale au passif (4). La succession d'un Suisse, qui n'était pas domicilié en France à l'époque, obéissait à la loi nationale, et les héritiers avaient accompli en France les formalités qui permettaient une liquidation officielle de la succession pour échapper au passif héréditaire. Une société française réclama le complément du montant des actions souscrites par le défunt ; l'action était, en principe, recevable selon la loi française, mais le tribunal la rejeta, alléguant la compétence de la loi successorale étrangère.

187¹. — *On a pourtant soutenu que le droit de poursuite des créanciers ne pouvait s'exercer que selon la situation des biens ut singuli, abstraction faite du domicile*. Pour cette théorie, l'obligation aux dettes n'est qu'une suite de l'affectation aux créanciers des biens recueillis par l'héritier, et tout ce qui se rattache à la réalisation d'une créance est du ressort de la loi réelle (5). Aucun droit positif n'est allé plus loin dans cette voie que le Traité de Montevideo : la Convention prévoit que les dettes payables dans un des Etats signataires seront satisfaites en

(3) En ce sens MAURY et VIALLETON, *op. cit.*, n° 398, RABEL, p. 431.

(4) Trib. com. Seine, 16 avril 1920 (*Banque de l'Industrie c/ Strohl*), Clun., 1922, p. 721, et com. J. DONNEDIEU DE VABRES, *op. cit.*, pp. 652-653.

(5) LEREBOURG-PIGEONNIÈRE et LOUSSOUARN, n° 481, p. 611.

premier lieu avec l'actif qui était situé dans cet Etat, au moment du décès du *de cuius* (art. 46). En cas d'insuffisance ou absence d'actif à cet endroit, les créanciers se paieront au prorata de l'actif situé ailleurs, en respectant le droit préférentiel des créanciers locaux (art. 47 et 48) (6). Il ne nous paraît pourtant guère satisfaisant de faire dépendre le sort du passif d'une circonstance purement accidentelle, la localisation des biens du défunt. *Le système de l'affectation des biens du de cuius au paiement des dettes n'est pas celui du droit français*, dominé par la confusion du patrimoine du défunt et de celui de ses héritiers (7).

On a invoqué le risque de diminution de gage des créanciers pour justifier l'intervention de la *lex rei sitæ*. Ce risque existait dès le vivant du *de cuius*. Même si les créanciers s'étaient fait consentir un gage mobilier, si, par exemple, des avances ont été consenties sur titres dans une banque, *la compétence de la loi réelle devrait, à notre avis, être reconnue par la loi successorale* pour s'imposer. Nous pensons en effet que, du moins dans le système français de conflits, la loi de la situation des meubles ne doit pas recevoir application trop large, en raison de la complexité déjà très grande du dualisme successoral.

187². — Non seulement l'obligation aux dettes, mais la contribution (ou répartition de la charge entre successibles) relève de la loi successorale. *La loi de la situation resterait inévitable si l'on entendait ménager l'indivisibilité du droit des créanciers sur les biens de la masse indivise*.

Le droit allemand, malgré les exceptions qu'il lui apporte, part du même principe de confusion du patrimoine que le droit français, et ne s'attache pas davantage à la situation des biens. Dès 1895, le *Reichsgericht* a fait application de la loi successorale du domicile du défunt, et repoussé l'action, intentée en Allemagne, par la créancière d'un Allemand qui était mort domicilié au Minnesota (8). Plus récemment, le *Bundesgerichtshof* a rappelé, à propos de la solution d'un conflit inter-local (le calcul de la valeur monétaire d'une demande de réserve sur une succession en grande partie à l'Est de l'Elbe) que *ladite succession devait être considérée comme une unité, « y compris la responsabilité des héritiers aux dettes de la succession »* (9).

Mais le B.G.B. n'est pas allé jusqu'au bout de son système, puisque l'article 24-2°, loi d'Introduction, autorise, dans le cas du défunt allemand qui était domicilié à l'étranger, une option entre la loi nationale allemande et la loi du domicile. Ce choix intéresse, non pas l'existence

(6) Comité juridique interaméricain : *Etude comparative*, op. cit., p. 92.

(7) MAURY et VIALLETON, p. 582, op. cit.

(8) Cf. R.G., 22 avril 1895 *Böhm Z.*, t. 16 (1896), p. 446. BOLZE : *Praxis des R.G.*, t. 20, p. 3.

(9) Cf. B.G.H., 26 mars 1953, *N.j.W.*, 1953, p. 860.

des dettes successorales, qui restent soumises au droit allemand, mais *la contribution*, comme l'obligation aux dettes. Ainsi, l'héritier de l'Allemand mort en France pourra-t-il n'être tenu qu'en proportion de sa part, et non solidairement (10). Les rédacteurs du B.G.B. ont sans doute voulu permettre aux créanciers du défunt de poursuivre le recouvrement des dettes au domicile, sans s'exposer aux frais de poursuite et à un risque du concours devant les tribunaux allemands ; ils ont songé surtout au désir qu'éprouvent les héritiers d'atténuer les charges qui pèsent sur eux devant l'impossibilité de nommer à l'étranger un administrateur de la succession ou d'ouvrir la faillite. La disposition n'a pas, à notre connaissance, soulevé de difficultés. La sauvegarde des intérêts des héritiers se révèle, en revanche, beaucoup plus difficile au cas de pluralité des lois successorales.

SECTION II

LE PASSIF ET LA DIVISION DES MASSES

189¹. — La logique rigoureuse qui a présidé à la division de l'actif *devrait commander une répartition du passif en deux groupes de dettes* : les dettes mobilières, d'une part ; les dettes immobilières, d'autre part. Une telle solution serait acceptable au cas où un Français, mort domicilié en France, laisserait des dettes afférant à un immeuble allemand. Nous savons que par le jeu du renvoi, la qualification de « dettes immobilières » revient au droit allemand. Sinon au regard du juge français, du moins, au regard du juge allemand, un assez grand nombre de dettes pourraient être regroupées sous la même rubrique, notamment celles qui ont trait au transfert de propriété d'un immeuble. Toutefois, il n'y aurait qu'une *fausse symétrie*. Il est déjà problématique en droit allemand de dresser une liste des dettes « immobilières » ; en droit français, on cite comme une curiosité la redevance minière ou la dette consistant en l'obligation de vendre une parcelle à prendre dans un terrain (en dehors, bien sûr, de la dette de dommages de guerre immobiliers). Dès lors, *si un immeuble français appartient à une succession régie par la loi étrangère, tout le poids des dettes successorales retombera sur un actif mobilier peut-être insuffisant* (11). Les créanciers seront frustrés.

189². — On a tenté d'améliorer cette solution en rangeant dans la catégorie des dettes « immobilières » celles qui, tout en ayant un objet

(10) V. Introd. au B.G.B., *op. cit.*, pp. 109-110.

(11) Cf. MAURY et VIALLETON, p. 574, *op. cit.* H. BATIFFOL, Rabel Z., 1958, p. 798, *op. cit.* VOUMARD, *op. cit.*, p. 131.

mobilier, se rapportent à un immeuble. Ainsi le Tribunal civil de la Seine, dans l'affaire *Radziwil*, a fait dépendre de la succession immobilière les sommes qui restaient dues sur le prix d'acquisition d'un immeuble du Bois de Boulogne (12). Il s'est surtout inspiré de motifs d'équité. De son vivant, la Princesse Radziwil avait laissé en partie impayé son immeuble parisien, et le tribunal subordonna le versement du montant du prix de la licitation de l'immeuble au paiement de cette dette, par les héritiers désignés selon la loi française. Mais on ne peut généraliser la solution, car elle n'accroît guère l'étendue du passif immobilier ; la formule « dette afférant à un immeuble » reste imprécise ; en matière de communauté, l'article 1409-1° vise, parmi les dettes « relatives aux immeubles propres à l'un ou à l'autre des époux », celles qui proviennent du paiement du prix d'acquisition d'un propre. La définition reste spéciale à la théorie des récompenses qui est destinée à maintenir l'équilibre entre les masses et à prolonger l'immutabilité des conventions matrimoniales (13). Contre la division des dettes suivant leur caractère mobilier ou immobilier, on pourrait aussi bien faire valoir que quand la communauté recueille une succession composée à la fois de meubles et immeubles, elle ne répond du passif qu'en proportion de l'actif échu à la masse commune (14).

190. — A l'inverse, on a considéré, comme une conséquence logique du droit de gage général des créanciers, de leur permettre d'exercer leurs poursuites sur une masse ou sur une autre. Ainsi un Allemand était mort domicilié en Amérique ; de sa succession dépendait un immeuble sis à Spire (Allemagne). De son vivant, il avait reçu diverses prestations de ses enfants du premier lit ; de son propre aveu, ces avantages ne revêtaient qu'un caractère de prêt. Les enfants du premier lit furent reconnus fondés à poursuivre le recouvrement de leur créance sur l'immeuble d'Allemagne parce qu'à la différence de ce qui se constatait pour la succession mobilière de New York, la responsabilité de la veuve n'est pas limitée (15).

Il sera en fait très rare que les mêmes héritiers soient appelés à succéder à l'une comme à l'autre masse. Dès lors, on favorise les créanciers, si l'on ne se soucie pas de savoir si le successible à une masse désignée par leur choix aura un recours assuré (16). On a soutenu que, de toute manière, le passif hypothécaire obéissait à la loi de la situation et que le passif chirographaire ne comptait guère. Mais on ne voit pas

(12) « Dame Barschoff c/ Prince Ouroussoff », Trib. civ. Seine, 31 octobre 1894. Clun., 1895, p. 119.

(13) Cf. MAURY et VIALLETON, *op. cit.*, p. 575. RIPERT et BOULANGER, *op. cit.*, n° 889.

(14) RIPERT et BOULANGER, n° 433.

(15) 1958 G./188 (communic. de l'Institut Max-Planck) (*suc. Weil*).

(16) MAURY et VIALLETON, note 2, n° 399, p. 478.

pourquoi on refuserait, aux créanciers d'une succession dispersée entre plusieurs pays, le *droit de poursuivre le recouvrement de leur créance sur un bien non hypothéqué*. Ainsi un Allemand laisse en France un immeuble de 40.000 D.M. ; en Allemagne, des valeurs mobilières d'un montant égal de 40.000 D.M. Un seul, A., hérite de l'immeuble français, tandis qu'A. et B. se partagent la masse allemande. Les dettes de la succession qu'on suppose être d'un montant de 20.000 D.M., dont une créance hypothécaire qui grève un immeuble français, sont acquittées sur la masse allemande. La valeur des biens allemands n'est plus que de 20.000 D.M., B. en reçoit la moitié, soit 10.000 D.M. On peut se demander si B. serait en droit d'exiger que la moitié des dettes de la succession (10.000 D.M.) incombe à la masse française, moyennant reversement d'une somme identique à la masse allemande. B., au bout du compte, toucherait 15.000 D.M. sur l'actif allemand (17). Ce serait admettre alors que les masses successorales ne sont pas vraiment autonomes.

191¹. — Nous revenons ainsi au système unitaire, sans qu'il y ait lieu, à notre avis, de distinguer selon qu'il y a un ou plusieurs héritiers. Il s'agit d'équilibrer leurs intérêts et ceux des créanciers. Nous savons que la tradition de l'ancien droit français était en faveur de la loi unique du domicile. La justification traditionnelle de la compétence de la loi du lieu d'acceptation, à titre d'engagement pris par les héritiers envers les créanciers, est à rejeter. On ne peut faire découler de son acquisition les obligations de l'héritier, mais bien de son titre même (18).

D'autre part, il est difficile de méconnaître que les options prises par les héritiers varient selon les masses successorales, et s'harmoniseraient mal avec une loi unique pour l'obligation et la contribution. Mieux vaut, à notre avis, s'en tenir à la solution de M. VOUMARD : *La loi du dernier domicile du défunt est consultée sur la répartition, proportionnelle à la valeur des biens, des dettes des cohéritiers. Une fois cette répartition opérée, les lois successorales multiples retrouvent leur compétence pour décider si les héritiers sont tenus solidairement ou pour leur part et règlent de même le droit de recours* (19). On s'est demandé à quel titre la loi du domicile s'imposerait aux autres lois des successions immobilières. Nous répondrons : *Pour prévenir toute inégalité entre les créanciers, plus ou moins bien informés, et éviter les discordances entre loi du domicile et loi de la situation* (20).

La plupart des systèmes procèdent ainsi. La doctrine allemande admet notamment une répartition proportionnelle, dès lors que le droit

(17) W. ZEUGE, *op. cit.*, p. 67.

(18) VOUMARD, *op. cit.*, p. 138.

(19) VOUMARD, *op. cit.*, p. 140.

(20) Cf. MAURY et VIALLETON, p. 578.

allemand se trouve partiellement applicable (21). Aucun ordre juridique, à notre connaissance, n'affecte intégralement les biens meubles au règlement du passif ; certains, comme le droit écossais, chargent d'abord les meubles avant les immeubles. *En cas d'insuffisance de la succession mobilière, les tribunaux, français comme allemands, devraient répartir les dettes proportionnellement à la valeur des immeubles.* Ce serait alors éventuellement à la loi de la situation de l'immeuble de repousser ce système, ce qui est peu vraisemblable (22). Le cas imaginé par M. FRANKENSTEIN et qui est celui de créanciers ayant les mains vides parce que la masse successorale mobilière est sans valeur, alors que les différentes lois successorales immobilières rejettent le passif sur la succession mobilière, nous paraît une hypothèse d'école (23).

191². — Comme dans l'hypothèse du prélèvement, il faudra calculer, *si le de cujus a laissé un immeuble en France, la fraction que cet immeuble représente par rapport au total de l'actif successoral et le charger d'une part équivalente de passif*, en vertu de la loi successorale. Ceci suppose connue l'étendue de l'actif successoral, comme l'importance des dettes. Ce n'est pas un obstacle insurmontable ; c'est ainsi en fait que procède la pratique, selon l'opinion émise au cours des travaux de la Commission de Révision du Code civil (24). Le projet adopté à la Commission a entendu à la fois sauvegarder la loi successorale et réserver le droit de gage des créanciers, selon la loi de la situation. Ce compromis nous paraît peu heureux (25). Il serait pour le moins douteux, si les créanciers d'un défunt anglais se paient sur l'immeuble français, que les héritiers aient un recours sur la masse anglaise. A vouloir sauvegarder à tout prix les droits des créanciers, on sacrifie ceux des héritiers. *Les hésitations de la doctrine, souvenir d'une époque médiévale, où la loi de la situation refusait de s'incliner devant la loi successorale, devraient cesser.* Quant au droit allemand, c'est allonger la liste des difficultés soulevées par le renvoi que de ne pas admettre, là encore, une loi unique pour la répartition.

(21) En ce sens, RAAPE, *Kommentar B.G.B.*, p. 688. ZEUGE, p. 70.

(22) VOUMARD, *op. cit.*, p. 143.

(23) Cf. FRANKENSTEIN, t. IV, *op. cit.*, p. 583.

(24) V. déclaration de M^e JOUSSELIN : *Travaux de la Commission*, 1949-1950, p. 643.

(25) Il n'a du reste été adopté que par quatre voix contre trois sous l'influence décisive de NIBOYET.

CHAPITRE V

LE PARTAGE ET LA PLURALITE DES MASSES

192. — La logique rigoureuse qui préside à la division des masses ne devrait soulever aucune complication à propos du partage. A l'effet de reconstituer la masse partageable, les bénéficiaires de libéralités sont tenus au rapport : soit qu'il s'agisse de maintenir l'égalité entre héritiers (c'est en droit français *le rapport à fin d'égalité* de l'art. 843 C. Civ.) ; soit qu'on réduise les libéralités qui ont entamé la réserve (c'est *le rapport à fin de réduction* de l'art. 844). Chacun de ces rapports s'opère sur la portion de biens régie par la loi française. Peu importe s'il est dû ou non à la masse étrangère.

Mais, en fait, l'exercice du rapport dans une des masses influence, plus ou moins, la formation des parts dans l'autre. Un successible français a été gratifié d'un immeuble ou d'une exploitation agricole qui excède la quotité disponible et doit une récompense à ses cohéritiers. En supposant qu'il prenne part à la succession étrangère comme française, la question se pose de savoir si *la récompense due aux cohéritiers s'impute sur la part du Français à la succession régie par la loi étrangère* (1). Force est donc bien, une fois de plus, de reconsidérer la masse partageable dans son ensemble, dès lors qu'un même héritier concourt à la succession « française » et « étrangère ». On ne pourra pas plus fermer les yeux devant l'existence de biens soumis à une loi étrangère, à propos de la *composition des lots*. Nous savons déjà que l'exigence de l'art. 826 C. Civ. sur la demande de parts en nature ne concerne que le partage judiciaire, et non pas, depuis l'arrêt du « Château de Chambord », le partage amiable, la volonté des parties étant opérante à cet égard. Ainsi se mesure l'écart que crée le fait de recourir à des lois multiples pour la formation et la composition des parts et la nécessité manifeste d'apprécier la diversité de leurs applications sur un plan international.

(1) Cf. ERIC SIEGRIST : *De la dévolution successorale en application de la convention franco-suisse du 15 juin 1869*. Thèse Neuchâtel-Paris, 1953, p. 121.

SECTION I

FORMATION DE LA MASSE PARTAGEABLE.
RAPPORT ET REDUCTION§ 1. — *Rapport à fin d'égalité.*

193¹. — Nous avons, dans la première partie, indiqué qu'il ne pouvait y avoir d'autre loi, pour régir l'obligation ou la dispense de rapport, que la loi successorale. On est conduit avec le dualisme successoral à des distinctions artificielles : si, de son vivant, un Allemand a fait un important avancement d'hoirie mobilier à un de ses enfants ; qu'il laisse comme élément de sa succession des meubles en Allemagne et un immeuble en France, seul le droit allemand décidera s'il y a lieu, ou non, à rapport car l'actif mobilier de l'Allemand a été diminué par l'effet de donation (2). Il y aura, dans ce cas, imputation de la valeur de la libéralité au jour de la donation, sur la part du cohéritier (§ 2055) B.G.B. Mais si en vue de procurer les moyens d'assurer cet avancement d'hoirie le père a constitué hypothèque sur l'immeuble français, on peut considérer que sans la libéralité l'immeuble serait resté libre d'hypothèque ; c'est l'emprunt qui a rendu l'avancement d'hoirie possible ; ce serait donc à la loi française que reviendrait le soin de décider si un rapport est dû (3).

193². — La séparation des masses s'imposera de même *pour l'exécution du rapport*. Un vieil arrêt de la Cour de Cassation *Ghyka* a fixé en ce sens la jurisprudence. Il avait refusé de connaître du rapport du mobilier et d'une somme d'argent appartenant à la succession d'un Prince Moldave (4), soumise à sa loi nationale. Pareillement, le tribunal civil de la Seine s'est déclaré incompétent pour accueillir la demande des héritiers de la Reine MARIE-CHRISTINE d'Espagne contre l'un d'entre eux, la Princesse DEL DRAGO (5). Marie-Christine d'Espagne n'avait cessé, au cours de son existence, de multiplier les donations consistant en bijoux, argent et domaine de Vista Allegre (Espagne). Sa succession était soumise : en partie, à la loi française, pour les immeubles situés en France ; en partie, à la loi espagnole, pour la succession mobilière. Il ne faisait pas de doute que le Code civil espagnol soumettait les héritiers au rapport des libéralités. Restait à savoir à quelle masse il serait

(2) ZEUGE, *op. cit.*, p. 72.

(3) RAAPE : *Kommentar, op. cit.*, p. 687. FRANKENSTEIN, p. 566.

(4) Ch. Civ., 22 mars 1865, D.1865.1.127 (*Mavrocordato et Rosetti c/ Veuve Ghyka*).

(5) Trib. Civ. Seine 1^{re} Ch., 27 décembre 1906, Rev. crit., 1907, p. 399, note critique NAST et rem. crit. KEGEL : *Internationales Privatrecht*, com. crit., p. 325.

fait rapport. Les consorts Del Drago critiquèrent l'état liquidatif du notaire français en ce qu'on n'avait pas fait figurer dans la masse partageable les libéralités consenties par Marie-Christine. Le tribunal de la Seine s'estima pourtant incompétent : le biens qu'avaient de l'objet des donations auraient fait partie de la part de succession soumise à la loi espagnole s'ils étaient restés dans le patrimoine du défunt. L'effet du rapport était de reconstituer la masse dans son état primitif, l'application de l'art. 3 C. Civ. aux seuls immeubles commandait l'incompétence du tribunal pour le rapport.

194¹. — La solution paraît dictée par la logique ; mais, outre que la compétence législative n'est pas liée nécessairement à la compétence judiciaire, *il est parfois peu équitable d'ignorer le rapport à la masse étrangère*. En l'espèce, il semble bien que le rapport n'ait pas été effectué à la masse espagnole et les cohéritiers demandaient une *compensation* par prélèvement sur la masse française. Certes, c'eût été étendre, contrairement aux textes, la solution de la loi de 1819, mais le tribunal de la Seine, après avoir déclaré que la dévolution de la succession espagnole échappait à sa compétence, a cru bon d'ajouter que les Del Drago se « trouvaient recevoir dans le présent partage français un émolument sensiblement supérieur à celui qu'ils auraient dû appréhender s'il avait été tenu compte des attributions qui leur ont été faites dans le partage espagnol ». Le *but du rapport, qui est de rétablir l'égalité entre cohéritiers, risque de ne plus être atteint dès lors que*, pour diverses raisons, notamment son insolvabilité, *le donataire n'est plus en mesure d'opérer le rapport à une des masses*. Il devient alors nécessaire de reconsidérer la succession dans son ensemble pour examiner les effets du rapport. C'est ce qu'avait fait en l'occurrence le tribunal de la Seine.

194². — Soit, en effet, pour reprendre l'exemple de M. SIEGRIST (6), un Français qui est mort, alors qu'il était domicilié en Suisse. Il laisse en Suisse des biens d'une valeur de 80, en France des immeubles d'égale valeur. Il a fait, de son vivant, deux donations de 120 : l'une, rapportable en France par l'héritier *A* ; l'autre, en Suisse par l'héritier *B*. On suppose qu'*A* et *B* viennent tous deux en concours à la succession française et suisse et qu'*A* n'effectue pas le rapport en moins prenant à la succession française. Si le rapport avait été intégralement opéré, la part de *A* aurait été de $100 \frac{(80 + 120)}{2}$. *A*, en retenant la donation a donc bénéficié d'un supplément de 20. Une appréciation d'ensemble de l'égalité des parts entre *A* et *B*, amènerait à diminuer la portion de *A* sur les biens suisses de 20. *A* toucherait 80, *B* le solde, 120, et

(6) SIEGRIST, *op. cit.*, p. 129.

l'équilibre serait ainsi rétabli. Ceci suppose, bien entendu que les mêmes héritiers sont appelés aux deux successions, ainsi qu'une « harmonisation » des jurisprudences difficilement réalisable dans le droit positif actuel. Seul, un arrêt de la Cour d'Aix a admis le rapport à une succession française d'immeubles situés au Brésil qui dépendaient de la succession (7). Le Cour a invoqué la « règle de l'unité qui doit régir les opérations de partage » ; elle a observé également que le « fractionnement se concilie mal avec la nécessité de maintenir l'égalité entre tous les cohéritiers ». Il se trouvait en l'espèce que les règles du droit français et du droit brésilien concordaient.

En l'absence d'unité successorale, il serait peut-être préférable d'adopter la solution du Traité de Montevideo : celui-ci, dans son art. 50, considère le rapport comme l'exécution d'une obligation à la charge du cohéritier. Si l'obligation se réfère à une propriété, elle est limitée à la succession dont ce bien dépend. Si, au contraire, il s'agit d'une somme d'argent, le rapport sera effectué proportionnellement à la part de l'héritier dans chacune des successions à laquelle il est appelé (8). Ce système aurait l'avantage, avec quelques nuances, de s'accorder avec celui préconisé en matière de passif successoral. Mais, même si on ne retient pas une loi unique, on voit combien il est nécessaire de ne pas maintenir le « morcellement ». La remarque s'impose également dès lors que la libéralité a entamé la réserve et que c'est une question de réduction qui se pose.

§ 2. — Rapport à fin de réduction.

195¹. — Pas plus que pour le rapport à fin d'égalité, le but de la réduction n'est atteint, si on procède à un calcul distinct selon les masses, sans souci des conséquences possibles. Les motifs d'un ancien arrêt de la Cour de Cassation du 14 mars 1837 sont très nettement en faveur d'une application séparée des lois successorales (9). Un Anglais, le sieur Stewart avait fait donation à une de ses deux filles, mariée à un Français, d'un domaine en France. L'immeuble fut l'objet d'une revente. La succession s'ouvrit, par la suite, à la Jamaïque et la sœur de la donataire — alléguant que la donation excédait la quotité disponible, en demanda le rapport et intenta contre les sous-acquéreurs l'action en revendication de l'art. 930 C. civ. En réplique les défenseurs soutinrent que seul le tribunal du lieu d'ouverture de la succession était compétent pour apprécier la consistance de la succession et déterminer si en fait la donation avait excédé la quotité disponible. Le tribunal

(7) Cour Aix, 24 janvier 1906. Clun., 1906, t. 33, p. 830. (*De Castel Nuovo c/ Farraut*).

(8) « Comité juridique interaméricain » *op. cit.*, p. 93.

(9) Cass. Civ., 14 mars 1837, S.1837.1, p. 195 (*Stewart c/ Marteau*).

civil de Tours, puis la Cour d'appel d'Orléans accueillirent ce raisonnement, animés du désir de ne pas prononcer la licitation du domaine français, objet de la donation. Mais la Chambre civile cassa l'arrêt : l'art. 3 devait régir même l'action en réduction. Laisser au droit anglais le soin de mesurer si la quotité disponible n'avait pas été dépassée, était une violation de la règle de conflit française. Le résultat, repris par un arrêt de la Cour d'Aix, du 27 mars 1911 (10) fut la licitation de l'immeuble pour assurer à l'héritier sa part de réserve.

195 ². — Or, on ne peut approuver cette jurisprudence quand les mêmes héritiers se trouvent appelés à la succession « étrangère », en même temps qu'à la succession soumise au droit français. Dans le cas de l'arrêt de 1837, l'immeuble entre les mains de ce sous-acquéreur ne pouvait faire l'objet que de la réduction de l'art. 930 C. Civ. en valeur, sans que les réservataires eussent pu recouvrer l'immeuble en nature. Mais cette exception mise à part, *dès lors que le de cujus a fait une donation immobilière d'un bien français et qu'un cohéritier en réclame la réduction, le bénéficiaire de la libéralité appelé à la succession, verra s'évanouir tout espoir de réserve en nature* ; or, malgré les atténuations apportées depuis 1804, elle demeure le principe en droit interne. Contrairement aux attendus de la Cour de Cassation, il ne nous paraît pas contraire à la règle française de consulter la loi étrangère du lieu d'ouverture de la succession pour mesurer le montant de la légitime ou de la réserve et le confronter avec ce que recueille en fait l'héritier sur l'ensemble de la succession (11). On pourrait ainsi éviter la *licitation de l'immeuble*, quand celui qui réclame la réduction obtient à l'étranger un disponible égal ou supérieur à sa part de réserve en France. Il n'y aurait aucune difficulté, puisqu'au préalable, la loi étrangère aurait été appliquée pour déterminer le montant de la réserve sur les biens relevant de la règle étrangère. Un pas de plus serait fait *en imputant la récompense* due par le bénéficiaire de l'immeuble ou de l'exploitation agricole (art. 866 C. Civ.) *sur sa part étrangère*. Il faut supposer alors que le juge étranger, comme le juge français accepterait de reconsidérer la succession dans son ensemble.

Une appréciation globale de la succession dicterait également l'*ordre de la réduction* : le juge français opèrerait une réduction au marc le franc de l'ensemble des legs du défunt, tant en France qu'à l'étranger, avant de procéder à la réduction des donations entre vifs.

Le principe d'une séparation rigoureuse entre les masses, pour la reconstitution de la masse partageable, ne devrait être maintenu

(10) Cour Aix, 27 mars 1911 (*Nazer c/ Eisleb* immeuble français dépendant d'une succession hollandaise). Clun., 1912.554.

(11) En ce sens E. SIEGRIST, *op. cit.*, p. 192.

qu'autant que l'héritier, appelé à une des successions, ne le serait pas à l'autre. La jurisprudence, aussi bien allemande que française, est absolument muette sur toutes ces difficultés, si on cherche quelque arrêt récent. Depuis d'ailleurs que la loi du 7 février 1938, par modification de l'art. 922 C. Civ. a prescrit de prendre pour base la valeur des biens donnés à l'époque de la donation pour la détermination de la quotité disponible, les problèmes de la réduction des donations ne paraissent plus se poser en droit interne. C'est l'inéluctable effet de la dépréciation, sans cesse accrue, de la valeur du franc. On n'en voit pas moins paraître là encore, la nécessité de l'unité successorale.

SECTION II

PLURALITE DES MASSES ET COMPOSITION DES LOTS

196 ¹ — Dès lors qu'une succession est disséminée entre la France et l'Allemagne ou tout pays étranger, le principe de l'hérédité distincte commanderait de faire jouer l'art. 826 C. Civ. : chaque cohéritier pourrait réclamer sa part en nature de meubles et d'immeubles. L'immeuble ou le fonds de commerce laissé en France par un étranger serait licité, le prix réparti entre les cohéritiers. Si au contraire les lois en présence s'accordent à reconnaître aux copartageants la liberté de former les lots, il sera *possible d'attribuer des biens en France à certains héritiers*, pour une portion supérieure à leur part héréditaire, moyennant une soulte sur les biens étrangers. L'héritier débiteur de la soulte fera abandon en retour de ses droits successifs sur l'hérédité étrangère. Il faut là encore supposer que les héritiers se trouvent appelés par l'ensemble des lois compétentes, et qu'ils recueillent au total une valeur égale à la somme de leurs droits dans chaque masse. En fait, c'est bien admettre que le partage successoral forme une unité. Telle est, nous le savons, la solution de l'arrêt du *Château de Chambord*. Si des cohéritiers français et allemands venaient à se partager une succession répartie entre la France et l'Allemagne, semblable combinaison serait possible : en principe, le droit allemand ne connaît, nous l'avons vu, que le partage amiable. Le tribunal n'intervient qu'à la demande des héritiers, sauf en Allemagne du Sud (Bavière et Wurtemberg) (12), où il agit d'office.

196 ². — Il est vrai que la jurisprudence de la Cour de Cassation

(12) Cf. K. FIRSCHING : *Die Kontrolle der Gerichts behörden*, op. cit., p. 83.

a nié, en droit fiscal, l'unité du partage. Au lieu de voir dans la répartition des biens français et étrangers la mise en œuvre des droits des cohéritiers, elle a admis la perception d'un droit de mutation, le partage ayant « produit, quant à l'excédent de la part, les effets d'une vente ou d'une cession à titre onéreux » (13). L'arrêt de 1911 *Mabille de Poncheville* a même pris soin de préciser que les immeubles à l'étranger étaient « toujours considérés comme *inexistants au regard de la loi fiscale française* » (14). Mais précisément on mesure le caractère limité de ces décisions. Le fisc saisit la matière imposable là où elle se trouve. Il est assez curieux de constater que *le caractère translatif du partage* s'est maintenu en droit interne français jusqu'au début du xvi^e siècle, en partie à cause d'intérêts fiscaux (15), et qu'il *subsiste en droit international*, malgré la dénégation de la Cour de Cassation (16). Quoi qu'il en soit, il n'y a pas vente entre les cohéritiers. L'attribution de soultes est un effort pour concilier la pluralité de lois successorales qui déterminent les parts des cohéritiers avec l'unicité de l'opération de partage.

197. — On a pu toutefois adresser à cette solution deux graves reproches : *elle ne concerne d'abord que le partage amiable*. Une autorité étrangère serait en effet sans compétence pour procéder au partage judiciaire d'immeubles en France, et, à l'inverse, une juridiction française ne pourrait opérer le partage d'immeubles étrangers. La Cour de Cassation a encore approuvé récemment une Cour d'appel de n'avoir pas examiné si des immeubles d'Uruguay pouvaient former des lots d'une valeur équivalente à ceux que constituent des immeubles en France (17). Or, *on ne peut faire dépendre la validité du partage de la seule présence d'un incapable étranger*. Ainsi, la demande de partage formée par des mineurs en droit allemand ne figure pas dans la liste des actes qui nécessitent l'approbation du tribunal des tutelles selon le § 1822 B.G.B., sauf s'il s'agit d'immeubles. L'intervention du tribunal des tutelles, à elle seule, n'imprime pas à l'acte un caractère judiciaire. Selon la définition de l'arrêt de 1932, le partage sera judiciaire dès lors qu'il sera procédé à la répartition des parts « hors de la volonté des intéressés ». Les mêmes autorités peuvent jouer un rôle de tutelle et être compétentes pour le règlement de la succession ; c'était dans l'arrêt de 1932 la situation du Grand Maréchalat de Vienne,

(13) Cass. Ch. Réun. 11 novembre 1844 (*Administr. de l'Enregistrement c/ Watelet de Messange*). S.1844.838.

(14) Cass. Civ., 21 novembre 1911, D.1912.1.195, note BINET.

(15) Cf. RIPERT et BOULANGER, n° 3114.

(16) Cf. Cass., 11 novembre 1844, *op. cit.*, arrêt pour lequel « la loi de l'impôt n'a d'empire que sur le territoire du royaume ».

(17) Cass. Civ., 24 novembre 1953 (*Cons. Besson*), *op. cit.*

(18) En ce sens DENNERY, *op. cit.*, p. 251.

semble-t-il, et l'arrêt d'Orléans ne s'est attaché qu'à la première qualité, pour exclure la seconde (18). Le seul fait d'avoir « exercé une fonction inconnue dans notre organisation judiciaire » ne suffisait pas à lui dénier le caractère juridictionnel. La Cour de Cassation, en se retranchant derrière l'arrêt d'Orléans a transformé en question de fait ce qui était un problème de qualification juridique. Elle a laissé planer pour l'avenir l'incertitude sur la définition du partage judiciaire.

198. — En second lieu, la Cour de Cassation n'a reconnu, comme moyen pour attaquer le partage, que l'action en rescision pour lésion de plus du quart. On l'a accusé d'avoir confondu la lésion résultant des opérations matérielles de partage, et l'action en nullité pour défaut d'application des règles de la dévolution française (19). Sans doute il ne suffisait pas de constater et d'approuver la dévolution de Chambord à Elie en respectant la dualité des lois applicables. Si, selon le droit autrichien, la quotité disponible s'élevait à la moitié de la succession mobilières, elle n'était que du quart pour la loi française ; la Cour de Cassation aurait dû alors rechercher si les parties avaient l'intention de respecter la règle française. Le résultat aurait été *une diminution de la quotité disponible selon le droit étranger, pour assurer aux cohéritiers désignés par la règle française une part suffisante de biens*. Nous retrouvons là une des difficultés contre laquelle achoppe sans cesse le système français — comme d'ailleurs le système allemand — la conciliation à trouver entre la *dualité des lois* en présence et le *caractère unitaire* de l'opération juridique. Nous approuvons personnellement le résultat auquel est parvenue en 1932 la Cour de Cassation, mais on reconnaît que la distinction française n'est ni aussi ferme et ni aussi absolue qu'on l'a affirmé.

(19) Cf. DENNERY, *op. cit.*, p. 251.

CONCLUSION

199. — La comparaison menée entre le droit international français et allemand aboutit à dégager quelques conclusions qui ne sont pas toujours d'une cohérence parfaite : d'une part, *l'impossibilité pour une loi unique de régir l'ensemble de la dévolution successorale*, sans concessions plus ou moins avouées à la loi de la situation des biens, qu'il y ait ou non renvoi ; d'un autre côté, *l'extrême difficulté de procéder à un règlement d'ensemble de la succession* dès lors que plusieurs lois sont applicables.

L'erreur de la doctrine, croyons-nous, a été de se laisser enfermer dans le dilemme unité-dualité. L'exemple allemand montre que *les oppositions n'ont qu'une valeur relative*. Au point de départ, il est à l'opposé du système français, mais aboutit à la division par suite du renvoi. A l'inverse, nous nous sommes efforcés de prouver que sur plus d'un point, notamment en matière de prélèvement et de partage, la jurisprudence française raisonne comme si la succession était un tout.

200. — S'il y avait une éventuelle réforme en la matière, la conciliation pourrait être trouvée — et nous pensons que ce point n'a pas été suffisamment mis en lumière — dans la distinction suivante : *la séparation ne serait maintenue que si des héritiers différents étaient appelés à la succession des diverses masses*. Aucune mesure ne saurait en atténuer l'inconvénient.

A l'inverse, *l'unité de loi s'imposerait, si deux droits en présence reconnaissaient la vocation du même héritier*. Ses relations vis-à-vis des autres cohéritiers et des créanciers se trouveraient facilitées. Nous l'avons montré, tant à propos du prélèvement que pour le rapport et la réduction, ou le passif successoral. Un jeu de compensation est possible entre les masses. Il faudrait alors admettre que la succession représente une unité comme procédé de calcul des parts ou de répartition du passif.

Cette innovation qui en droit français comme en droit allemand, ferait dépendre la règle de conflit du droit interne étranger, ne paraît pas offrir toute la prévisibilité souhaitable. Chaque système, tout en gardant comme rattachement soit la loi du domicile en droit français,

soit la loi nationale en droit allemand, serait amené pourtant à faire un pas vers l'autre. Le français renoncerait dans certains cas à la dualité successorale, l'allemand étant amené dans d'autres à la reconnaître — à bien y réfléchir, c'est le seul système qui nous paraisse logique et équitable pour un règlement successoral. *Il est vain de poser « à priori » une règle de conflit uniforme sans s'inquiéter de l'attitude du droit étranger.*

201. — D'ores et déjà, certaines *améliorations* paraissent possibles dans les systèmes existants.

1°) *Elargir*, tant en droit allemand qu'en droit français la catégorie des « immeubles », comme l'avait jadis proposé NIBOYET. On répond, qu'en traitant comme immeuble des fonds de commerce ou autres biens mobiliers de grande valeur, on aggrave les inconvénients du système actuel. Mais si on n'aboutit pas encore à la réforme que nous proposons, encore faut-il rendre la distinction viable. Elle l'était au XVIII^e siècle quand des rentes constituées, offices, etc... étaient considérés comme biens immobiliers. Elle ne l'est plus maintenant : il suffit de songer à ce que peuvent représenter les dettes immobilières en droit français pour s'en convaincre. On peut adresser à la division actuelle le même reproche que celui fait au régime de communauté légale de meubles et acquêts : de répondre à des considérations dépassées.

Resterait à préciser quels biens meubles pourraient être « immobilisés » ; on concevrait une *notion internationale de l'immeuble englobant tous les biens meubles immatriculés ou faisant l'objet d'inscription sur registre* (fonds de commerce, brevets d'invention, marques de fabrique, titres nominatifs). Le législateur français se devrait d'en dresser une liste. Le droit allemand qui avait cru éviter tout problème de classification des biens avec l'adoption d'une loi unique n'en est pas moins contraint à la distinction : la lacune législative et jurisprudentielle se fait sentir.

202. — 2°) *On peut regretter le rôle perturbateur du conflit positif ou négatif.* Il est inévitable. La jurisprudence française n'a pas su utiliser le renvoi pour réaliser l'unité successorale. On devrait pourtant l'admettre quand il y a *renvoi de la loi de la situation étrangère à la loi nationale.* Ce serait provisoirement limiter l'inconvénient de l'application de deux lois distinctes.

203. — 3°) *Le domaine de la loi de situation devrait être soigneusement restreint*, même si la réforme évoquée aboutissait et qu'il puisse y avoir parfois rattachement unique.

Ceci ne signifierait pas qu'il faille dénier tout rôle à la *lex rei sitæ*. SAVIGNY l'a déjà bien montré. Les questions comme l'organisation de l'indivision ou l'attribution préférentielle sont étroitement liées aux

conceptions nationales du législateur. Il est d'ailleurs parfois difficile de mesurer la place faite à la loi de la situation des meubles, à cause du refoulement de la loi étrangère normalement compétente au profit de la loi du for sous forme d'ordre public. La qualification d'« immeuble » donnée aux meubles immatriculés nous ramènerait déjà à l'application de la loi successorale. La *lex rei sitæ* devrait se présenter comme une exception à la compétence de principe de la loi nationale ou de la loi du domicile.

A tout le moins, la prise de possession de l'hérédité, les options de l'héritier, la répartition des dettes devraient relever sans équivoque d'une loi successorale unique dans le système actuel ; ce serait celle du domicile en droit français, celle de la loi nationale en droit allemand. *La loi de situation de l'immeuble ne serait compétente que pour la dévolution immobilière et l'organisation de la masse indivise* (1).

204. — Parvenus au choix de rattachement entre la loi du domicile et la loi nationale, nous ne prétendons pas trancher dans l'absolu. Que la France, contrairement à d'autres pays européens n'adopte pas la loi nationale, est compréhensible en raison de sa situation démographique particulière.

On a reproché au domicile — à juste titre — sa relative imprécision par l'élément psychologique qu'il implique. Les seules attaches matérielles ne suffisent pas, et peuvent être aisément rompues. Il faut encore que l'individu ait eu l'intention de se fixer en un lieu, preuve difficilement rapportable. Au XX^e siècle le domicile connaît une fortune variable. Les Argus vigilants que sont le fisc et le contrôle des devises rendent malaisé un changement fréquent de domicile d'un pays à l'autre. A l'inverse des mesures d'assouplissement le faciliteront.

Le remède devrait être trouvé dans le contrôle qu'exercerait la Cour de Cassation sur la qualification du domicile donnée par les juges du fond. Que la loi nationale ou celle du « domicile » anglais — proche de la loi nationale — gouverne la succession, voilà qui peut être une source de surprises pour les créanciers ou les héritiers, même un manque de réalisme, si le défunt a longtemps vécu loin du pays dont il était originaire. Elle traduit surtout la méfiance du législateur national à l'égard du juge étranger. L'adoption récente de la loi nationale dans le droit international des successions des démocraties populaires traduit cette tendance ; le refus de tenir compte des attaches locales du défunt.

Dans l'élaboration de cette « communauté juridique » des pays du

(1) En ce sens le 58^e Congrès des Notaires de France a émis un vœu demandant que toute référence à la loi de la situation des biens ne soit pas systématiquement écartée. Il apparaît en revanche bien peu réaliste de proposer l'adoption d'une loi unique dans les conflits successoraux. V. Chr. Vaccharezza. J.C.P., 1961.1618.

Marché Commun dont parlait SAVIGNY, tôt ou tard, *Allemands et Italiens* pourraient peut-être être amenés à reconsidérer leur position en faveur de la loi du domicile dans les conflits entre *Etats-Membres*. Nous espérons pour notre part avoir prouvé que, même en cette matière considérée comme le reflet le plus direct des particularismes nationaux, il n'y a pas d'oppositions irréductibles de systèmes.

Vu :
Le Président de la thèse :
H. BATIFFOL

Vu :
Le Doyen de la Faculté de Droit
et des Sciences Economiques
de Paris :
G. LE BRAS

Vu et permis d'imprimer :
Le Recteur de l'Académie de Paris :
J. SARRAILH

BIBLIOGRAPHIE

I. — OUVRAGES GENERAUX ET EVOLUTION HISTORIQUE

A. — Ouvrages de langue française

- ARMINJON (Pierre), NOLDE (Boris) et WOLFF (Martin) : *Traité de droit comparé*, t. 2, Paris, 1950.
- BARTIN (Etienne) : *Principes de droit international privé*, t. 2 et 3, Paris, 1932-1935.
- *L'Empire de la lex rei sitæ*, Cours (polycopié) de droit international privé. Paris, 1930-1931.
- BATIFFOL (Henri) : *Traité élémentaire de droit international privé*, 3^e édit., Paris, 1959.
- *La capacité civile des étrangers en France*. Thèse, Paris, 1929.
- BOUHIER : *Œuvres de jurisprudence de M. Bouhier recueillies et mises en ordre par M. Joly de Bevy*. Tome I, Dijon, 1787.
- BOULANGER (Jean), V.-G. RIPERT.
- BOURBOUSSON (E.) : *Du mariage, des régimes matrimoniaux, des successions dans les cinq parties du monde*. Paris, 1934, p. 32 s.
- COMITÉ JURIDIQUE INTERAMÉRICAIN : *Etude comparative sur le Code Bustamante, les traités de Montevideo et le « Restatement of the law of the conflict of Laws »*. Département juridique de l'Union Panaméricaine, Washington, 1954 (édit. française).
- DELAUME (Georges-René) : *Les conflits de lois à la veille du Code Civil (contribution à l'étude du droit international privé français)*. Thèse, Paris, 1947.
- DONNEDIEU DE VABRES (Jacques) : *L'évolution de la jurisprudence française en matière de conflits de lois depuis le début du xx^e siècle*. Thèse, Paris, 1937.
- DUPLESSIS : *Œuvres*, t. 2, Paris, 1728.
- FRANCESCAKIS (Ph.) : *La théorie du renvoi et les conflits de systèmes en droit international privé*. Thèse, Paris, 1958.
- GRAULICH (Paul) : *Principes de droit international privé (Conflits de lois, conflits de juridictions)*. Paris, 1961.
- GUTZWILLIER (Max) : *Le développement historique du droit international privé*. Cours Académie de droit international de La Haye (tir. à part). Paris, 1929.
- LAINÉ (Armand) : *Introduction au droit international privé contenant une étude théorique et critique de la théorie des statuts et des rapports de cette théorie avec le Code Civil*. Paris, 1892 (2 vol.).
- LAURENT (François) : *Droit civil international*, t. VI, Bruxelles et Paris, 1881.
- LEREBOURS-PICEONNIÈRE (Paul) et LOUSSOUARN (Yvon) : *Précis de droit international privé*, 8^e édit., Paris, 1962.
- LYON-CAEN : *Trad. française de l'« Introduction au Code Civil allemand »*, t. III et IV (successions). Paris, 1914.
- MAURY (J.) et VIALLETON (H.) : *Traité pratique de droit civil français (Planiol et Ripert)*, t. VI, Paris, 1956.

- MEIJERS : *Histoire des principes fondamentaux du droit international privé à partir du moyen âge, spécialement dans l'Europe Occidentale*. Recueil des Cours de l'Académie. La Haye, 1934.
- NIBOYET (J.P.) : *Conflits entre les lois françaises et les lois locales d'Alsace et Lorraine*. (Comment. loi 24 juillet 1921). Paris, 1922.
- NOLDE (Boris) : v. Arminjon et :
La codification du droit international privé ». Cours de l'Académie de droit international de La Haye. (Extrait du Cours). Paris, 1936.
- POTU (Emile) : *La question du renvoi en droit international privé*. Thèse, Dijon, 1913.
- POULLET (Prosper) : *Manuel de droit international privé belge*. Bruxelles, 1947.
- RIPERT (Georges) et BOULANGER (J.) : *Traité de droit civil d'après le Traité de Planiol*. Paris, t. IV, édit., 1959.
- ROLIN (Albéric) : *Principes de droit international privé et application aux diverses matières du Code Civil* (Code Napoléon), t. 1, Paris, 1897.
- SAYATIER (René) : *Cours de droit international privé*, 2^e édit., 1951.
- TIMBAL (P.C.) : *La coutume, source de droit privé*. Ch. 2. *Les conflits de coutumes*, pp. 157-187. Cours (polycopié) de droit. Paris,, 1958-1959.
- VILLERS (R.) : *La condition des étrangers en France dans les trois derniers siècles de la monarchie*. Rec. de la Ste Jean Bodin, t. X, 1958, p. 142.

B. — Ouvrages de langue allemande

- BAHR : *Gutachten in Verhandlungen des 18^{en} deutschen Juristentages*, t. 1, Berlin, 1886, p. 82, s.
- BAR (Von) : *Theorie und Praxis des internationalen Privatrechts*, t. 2, Hanovre, 1889, pp. 295-353.
- BARTHOLOMEYCIK (Horst) : *Erbrecht (Studienbuch)*, 3^e édit. Berlin et Munich, 1958.
- COING (KIPP, WOLFF) : *Erbrecht*, 10^e édit., 1955, 11^e édit., 1960, Tübingen.
- DNISTRJANSKY : *Zur Geschichte und Theorie des internationalen Privatrechts*. Vienne et Leipzig, 1929.
- DUMOULIN (Fr. Jos.) : *Philippe de Renusson und das französische Internationalprivatrecht des 17. Jahrhunderts*. Dissert. Cologne, 1959.
- FRANKENSTEIN (Ernst) : *Internationales Privatrecht (Grenzrecht)*, t. 4. Berlin-Grünwald, 1935.
- GUTZWILLER (Max) : *Der Einfluss Savignys auf die Entwicklung des Internationalprivatrechts*. Fribourg, 1922.
- *Internationalprivatrecht* (in « *Das gesamte deutsche Recht in systematischer Darstellung* », édit. Stammler, t. VIII). Berlin, 1931.
- HABICHT : *Internationales Privatrecht nach dem Einführungsgesetze zum Bürgerlichen Gesetzbuche*, édit. posthume par M. GREIFF, Berlin, 1907.
- HANDWÖRTERBUCH DER RECHTSWISSENSCHAFT : par FRITZ STIER, SOMLO et ELSTER, t. 2, *Erbrecht* par H. GOLDSCHMIDT (pp. 304-314). Berlin et Leipzig, 1927.
- HIRSCH (E.) : *Einführung in das bürgerliche Vermögensrecht*. Berlin, 1956.
- KEGEL (Gerhard) : *Kommentar E.G.B.G.B. (Soergel)*, 8^e édit, Stuttgart et Cologne, 1955, p. 247, s.
- *Internationales Privatrecht (ein Studienbuch)*. Munich et Berlin, 1960.
- KEIDEL (Theodor) : *Freiwillige Gerichtsbarkeit*, 7^e édit., Munich et Berlin, 1959, p. 652, s.
- KOCH : *Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten » Kommentar in Anmerkungen*. Berlin, 1856, p. 47, s.
- LEFERENZ (Heinz) : *Germanischrechtliche Einschlüge im Erbrecht des Code Civil Frankreichs verglichen mit dem schweizerischen und deutschen Recht* ». Dissert. Heidelberg, 1939.
- LEWALD (Hans) : *Das deutsche internationale Privatrecht auf Grundlage der Rechtsprechung*. Leipzig, 1931.

- MITTEIS (Heinrich) : *Deutsches Privatrecht (Ein Studienbuch)*, 3^e édit. Munich et Berlin, 1959.
- NEUNER (R.) : *Der Sinn der internationalprivatrechtlichen Norm, eine Kritik des Qualifikationstheorie*. Brünn et Prague, 1932.
- NIEDERER (W.) : *Einführung in die allgemeinen Lehren des internationalen Privatrechts*, 2^e édit. Zürich, 1956.
- NIEMEYER (Theodor) : *Vorschläge und Materialien zur Kodifikation des internationalen Privatrechts*. Leipzig, 1895.
- NUSSBAUM (Arthur) : *Deutsches Internationales Privatrecht (unter besonderer Berücksichtigung des österreichischen und schweizerischen Rechts)*, Tübingen, 1932.
- RAAPE (Léo) : *Staudingers Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch und dem Einführungsgesetz*, t. VI, 9^e édit. Berlin, 1931, p. 632, s.
- *Internationales Privatrecht*, 4^e édit., 1955, 5^e édit., 1961.
- SANGOUDHAI (Saigut) : *Die Einteilung der Sachen in bewegliche und unbewegliche im internationalen Privatrecht*. Dissert., Berlin, 1936.
- SAVICNY (C. Fr.) : *System des heutigen römischen Rechts*, t. VIII, édit. 1849 (trad. française, Guenoux, 1851, nouvelle édit., Darmstadt, 1956).
- SCHAEFFNER : *Entwicklung des internationalen Privatrechts*. Francfort-sur-le-Main, 1841.
- SCHÄTZEL : *Das deutsche Staatsangehörigkeitsrecht (Einführung)*, 2^e édit. Berlin, 1958.
- SCHLEGELBERGER (Fr.) : *Rechtsvergleichendes Handwörterbuch*, t. 2. Berlin, 1929.
- (Articles « Anfall der Erbschaft ». *Annahme und Ausschlagung « Miterben »* par W. HALLSTEIN « Erbeinsetzung ». « Erbschaftsvertrag », par H. RÜHL).
- STOBBE (Otto) : *Handbuch des deutschen Privatrechts*. Berlin, 1885, t. V.
- WALKER (Gustav) : *Internationales Privatrecht*, 5^e édit., Vienne, 1934.

C. — Ouvrages de langue anglaise

- KUHN (Arthur) : *Comparative Commentaries on Private international law*. New York, 1937, pp. 314-347.
- RABEL (Ernst) : *The Conflict of laws (Michigan legal Studies)*, t. IV, 13^e Partie, p. 245, s. Ann Arbor, 1958.

II. — OUVRAGES SPECIAUX

A. — Ouvrages de langue française

- AUGSBOURG (d'). — *Les successions en droit international privé, solutions de la jurisprudence française et du Code Civil allemand*. Thèse, Paris, 1912.
- BATIFFOL (Henri) : *La forme des testaments. Actes et documents de la 9^e Session de la Conférence de La Haye (5-26 octobre 1960). Rapport de la commission spéciale*, pp. 18-29. Neuchâtel, 1959, et *Rapport explicatif*, pp. 159-174. Paris, 1961.
- DENNERY (Robert) : *Le partage en droit international privé. Conflits de lois et conflits de juridictions*. Thèse, Paris, 1935.
- FREYRIA (Charles) : *La loi applicable aux successions mobilières en droit international privé français : la maxime « mobilia sequuntur personam »*. Thèse, Lille, 1946.
- LEWALD (Hans) : *Droit international des successions*. Cours de l'Académie de La Haye, t. IV, 1925.
- OVERBECK (A.E. Von) : *L'unification des règles de conflits de lois en matière de forme des testaments*. Fribourg, 1961.

- PESTOURIE (M^e) et RAYMOND (M^e) : *Rapports au 58^e Congrès des Notaires de France*. Rapport PESTOURIE (*Dévolution*, pp. 171-263). RAYMOND (*Partage*, pp. 263-308). Nice, 1960.
- RUFFIER-LANCHE (Jules) : *Le droit de prélèvement établi par l'art. 2 de la loi du 14 juillet 1819*. Thèse, Paris, 1903.
- SIECRIST (Eric) : *De la dévolution successorale en application de la convention franco-suisse du 15 juin 1869*. Thèse Neuchâtel et Paris, 1953.
- Travaux de la Commission de révision du Code civil.
- *Années 1949-1950*, p. 642, s.
- TIRAN : *Les successions testamentaires en droit international privé*. Thèse, Aix-Marseille, 1932.
- VOUMARD (Roger) : *Des conflits de lois en matière de transmission et de paiement des dettes héréditaires (spécialement en droit suisse, anglais, français)*. Préf. P. Arminjon. Thèse. Lausanne, 1940.

B. — Ouvrages de langue allemande

- FERID (Murad) et FIRSCHING (Karl) : *Internationales Erbrecht (Deutschland, Frankreich)*, t. 1, Munich et Berlin, 1955.
- LANG (Erich) : *Der Testamentsvollstrecker in den ausländischen Rechten und seine rechtliche Stellung im deutschen Rechtsgebiet*. Dissert. Francfort-sur-le-Main, 1959.
- ZEUGE (Wilfrid) : *Das Recht der belegenen Sache im deutschen internationalen Erbrecht* (art. 28 E.G.B.G.B.). Dissert. Würzburg, 1939, (préf. L. Raape).

III. — ARTICLES ET NOTES DE JURISPRUDENCE

A. — Articles et notes de langue française

- AUBRY (Jules) : *Le domaine de la loi d'autonomie en droit international privé*. Clun., 1896 (t. XXIII) (pp. 735-743).
- AUDINET (Eugène) : *La succession du duc Robert de Parme et le séquestre du domaine de Chambord*. Clun., 1932 (pp. 841-850).
- *Notes sous* Cour Aix, 24 janvier 1906, S.1907.2.289. Cass. Civ., 13 avril 1932 S.1932.361.
- BARTIN (Etienne) : *Adoption et transmission héréditaire*. Clun., 1932 (pp. 5-25).
- BASDEVANT (Jules) : *Note sous* : Cass. Civ., 13 avril 1932, D.1932.1.89.
- BATIFFOL (Henri) : *Réflexions sur la loi applicable aux successions*. Festschrift Makarov. Rabelsz, 1958 (pp. 791-801).
- *La 9^e Session de la Conférence de La Haye de droit international privé*. Rev. Crit. 1961 (spéc., pp. 464-470).
- *Notes sous* : (*Arrêts de Cassation*) : Crim., 4 juin 1941, S.1944.1.133. Civ., 4 novembre 1946. Rev. Crit. 1948.516. Civ., 19 mai 1958, Rev. Crit. 1958.700. Civ., 14 mars 1961, Rev. Crit. 1961.774.
- (*Arrêts de Cours d'appel*) : Cour Bruxelles, 9 janvier 1937, Rev. Crit. 1938.471. Cour Paris, 3 juillet 1946, Rev. Crit. 1947.137. Cour Paris, 19 avril 1947, Rev. Crit. 1948.290. Cour Aix, 16 juillet 1947, Rev. Crit. 1948.93. Cour Colmar, 19 février 1949, Rev. Crit. 1950.53. Cour Colmar, 15 juin 1949, Rev. Crit. 1950.62. Cour Paris, 6 avril 1962, Rev. Crit. 1963.364.
- (*Jugements trib. civils*) : Trib. Civ. Seine, 29 janvier 1948, Rev. Crit. 1949.521. Trib. Civ. Orléans, 27 février 1951, Rev. Crit. 1954.361.
- BINET : *Notes sous* Cass. Civ., 20 novembre 1911, D.1912.1.195.

- BOECK (De) : *Note* sous Cour Paris, 31 décembre 1889, D.1891.241.
- BOYER (Louis) : *Les conflits de lois en matière de rapport des libéralités*. Rev. Crit. 1949 (pp. 207-263).
- CANSACCHI (Giorgio) : *Le choix et l'adaptation de la règle étrangère dans le conflit de lois* (spécial. pp. 147-150). Extrait des Cours de La Haye, Leyde, 1953.
- CHAVRIER : *Note* sous Cour Paris, 21 juillet 1953, D.1954.354.
- DEGAND : *Note* sous Trib. Civ. Metz, 6 décembre 1930, Rev. Jurid. Als.-Lor., 1932.382.
- DELAUME et FLATTET : *Note* sous Trib. Civ. Mulhouse, 19 janvier 1950, J.C.P., 1952.6845.
- DEMEY (Julien) : *Le Château de Chambord et l'arrêt de la Cour de Cassation du 13 avril 1932*. Journ. Not., 1932, art. 37234 (pp. 676-681).
- *Quelques directives pratiques pour la liquidation et le partage des successions*. Journ. Not., 1937.39271.
- DROZ (Georges) : *Observations sur quelques problèmes de Conflits de lois en matière de successions*. Journ. Not., 1961.46327 (pp. 49-62).
- FLATTET (Guy) : V. Delaume.
- FREYRIA (Charles) : *Le problème de la loi applicable aux successions*. Travaux du Comité français de droit international privé : séances du 2 mai 1947 (pp. 79-94).
- *Note* sous Trib. Civ. Seine, 6 février 1952, Rev. Crit. 1952.494.
- GAVALDA (Christian) : *Note* sous Paris, 16 mai 1960, J.C.P., 1960.11763.
- LABBE : *Note* sous Cass. Requ., 20 février 1882, S.1882.1.145.
- LAGARDE (Paul) : *La règle de conflit applicable aux questions préalables*, Rev. Crit., 1961.464.
- LEREBOURS-PIGEONNIÈRE (P.) : *Notes* sous Cass. Civ., 14 juin 1939, D.1939.1.97. Cass. Civ., 4 novembre 1946, D.1947.413.
- LISBONNE : *Note* sous Cour Paris, 29 mai 1948, J.C.P., 1950.5241.
- LOUIS-LUCAS : *Note* sous Cass. Civ. 1^{er} février 1955, J.C.P., 1955.8657.
- LOUSSOUARN (Yvon) : *Notes* sous : (Arrêts de Cassation) : Cass. Belge, 28 mars 1952, Rev. Crit., 1953-133. Cass. Civ., 22 juin 1954, Rev. Crit., 1955.123.
- (Cours d'appel) : Cour Paris, 24 novembre 1954, Rev. Crit., 1956.273.
- (Tribunaux civils) : Trib. Civ. Senlis, 23 novembre 1949, Rev. Crit., 1950.410.
- Trib. Civ. Mulhouse, 19 janvier 1950, Rev. Crit., 1951.136.
- MEZGER (Ernst) : *Note* sous Cass. Civ., 24 novembre 1953, Rev. Crit., 1955.698.
- MILHAUD (Léon) : *De l'application dans les rapports entre nationaux de la loi du 9 mars 1891 sur les droits du conjoint survivant, particulièrement au regard des femmes originaires d'Alsace-Lorraine*. Clun., 1896 (pp. 495-502).
- MORIN (Georges) : *Deux cas rencontrés dans la pratique notariale de neutralisation de la loi successorale compétente en droit international privé*. Répert. Not., 1961.28003 (Doctr., pp. 49-55).
- NAST (Marcel) : *Notes* sous : Trib. Civ. Seine, 27 décembre 1906, Rev. Crit., 1907.399. Cour Colmar, 14 novembre 1929, Clun., 1930.1039. Cour Besançon, 10 avril 1933, D.H., 1934.2.89.
- NIBOYET (Jean-Paul) : *Notes* sous : Cass. Requ., 21 avril 1931, S.1931.377. Trib. Civ. Seine, 21 janvier 1950, Rev. Crit., 1950.79.
- PIE (Paul) : *Note* sous Cass. Civ., 26 janvier 1892, D. 1892.497.
- POLITIS (Nicolas) : *Note* sous Cass. Civ., 20 juillet 1909, D.1911.1.185.
- PONSARD (André) : *Notes* sous : Trib. Civ. Seine, 26 février 1958, Clun., 1959.430. Cour Paris, 4 juillet 1958, Clun., 1958.1122.
- PREVAULT (Jacques) : *Note* sous Cour Paris, 23 décembre 1955, S.1957.173.
- RAAPE (Léo) : *Extrait du Cours de La Haye* : « Les rapports juridiques entre parents et enfants comme point de départ d'une explication pratique d'anciens et de nouveaux problèmes fondamentaux du droit international privé. » (Spécial., pp. 92-95). Paris, 1935.
- SALE DE LA MARNIÈRE (E.) : *L'envoi en possession du légataire universel étranger*. J.C.P., 1954.D.1167.

- SAVATIER (René) : *Note* sous Cour Paris, 10 juillet 1946. J.C.P., 1947.3392.
 SIALELLI (J.B.) : *Notes* sous Trib. Civ. Seine, 10 décembre 1952, J.C.P., 1953.7418.
 Cour Aix, 5 janvier 1953, J.C.P., 1953.7665.
 SILZ (Edouard) : *Note* sous Cass. Civ., 5 juillet 1933, D.1934.1.133.
 TIMBAL (P.C.) : *La contribution des auteurs et de la pratique coutumière au droit international privé du Moyen-Age*. Rev. Crit., 1955 (spéc., pp. 17-25).
 WEILL (Alex) : *Note* sous Cass. Civ., 23 décembre 1954, Rev. Crit., 1956.671.
 WOLFF (Konrad) : *Note* sous K.G., 5 mai 1938, Clun., 1939.382.

B. — *Articles et notes en langue étrangère*

- ARNDT : *Note* sous L.G. Berlin, 18 février 1931, J.W., 1932.3829.
 BAADE (Hans) : *Deutsche Hypotheken im internationalen Erbrecht (Aus der Praxis des Instituts für Internationales Recht) Jahrbuch für internationales Recht*, t. VI, Göttingen, 1956 (pp. 291-296).
 BEITZKE (Günther) : *Nachlassspaltung und Testamentsform im Internationalprivatrecht*. Festschrift Lewald, Bâle, 1953 (pp. 235-243).
 DROBNIC : *Note* sous L.G. Koblenz, 17 juillet 1958, J.Z., 1958.316.
 FERID (Murad) : *Zur Behandlung von Anteilen an Personalgesellschaften beim zwischenstaatlichen Erbgang*. Mel. Hueck, 1959 (Beiträge zur Handel und Wirtschaftsrecht) (pp. 344-368).
 FIRSCHING (Karl) : *Behandlung der Nachlässe von Ausländern in der Praxis des Notars*. D.N.Z., 1952 (pp. 330-341).
 — *Der Ehe und Erbvertrag im deutschen, österreichischen und schweizerischen Recht*. D.N.Z., 1954 (p. 229 s.).
 — *Die Kontrolle der Gerichts und Verwaltungsbehörden in der Abwicklung der Nachlässe*. (Deutsche Landesreferate zum V^e Internationales Kongress für Rechtsvergleichung in Brüssel, 1958) München, 1958.
 — *Testamentsvollstrecker-executor-trustee*. D.N.Z., 1959 (pp. 354-373).
 GOTTHEINER : *Zür Anwendung englischen Erbrechts auf Nachlässe in Deutschland*. Rabelsz 21 (1956) (p. 36 s.).
 GUGGUMOS (Michael) : *Der Einfluss der Spaltung eine Ausländernachlasses auf den deutschen Erbschein*. D.F.G., 1938 (pp. 28-31).
 HOVER : *Die Ablieferung und Eröffnung von letztwilligen Verfügungen*. D.F.G., 1937 (pp. 133-135).
 KLEIN : *Note* sous K.G., 22 mars 1922, J.W., 1922.1130.
 KRETSCHMER : *Des Erbschein nach einem französischen Erblasser*. Saarl. R.Z., 1950 (n° 2) (pp. 17-22).
 MEZGER (Ernst) : *Die Beerbung von Franzosen in Deutschland*. J.Z., 1956 (pp. 303-308).
 NEUHAUS (P.H.) : *Notes* sous : O.L.G. Neustadt /an der Weinstr., 25 mai 1951. J.Z., 1951.645. O.L.G. Frankfurt /am/Main, 2 juillet 1953. Rabelsz, 19 (1954) (pp. 556-568).
 — *Gemeinschaftliche Testamente Amerikanischer Erblasser*. Rabelsz 21 (1956) (pp. 550-560). 1^{re} part. de l'art. NEUHAUS, GÜNDISCH.
 RAAPE (Léo) : *Note* sous R.G., 5 juillet 1934. J.W., 1935.114.
 — *Grundzüge des deutschen internationalen Privatrechts unter Berücksichtigung des französischen internationalen Privatrechts*. D.j., 1941 (pp. 915-916).
 — *Rückverweisung im Falle eines französischen Erblassers mit letztem Wohnsitz in Deutschland (art. 25-27 E.G.)*. D.R., 1943 (13^e an.) (pp. 682-685).
 — *Der Notar und das internationale Privatrecht*. D.N.Z., 1950 (pp. 188-195).
 — § 2235 B.G.B. in internationalprivatrechtlicher Hinsicht. Saarl. R.Z., 1954 (n° 5) (pp. 65-66).

RABEL (Ernst) : *The form of wills* (6 Vanderbilt law Review, 1953, 533), édit. par M. CULP « *Selected Readings on Conflict of Laws* ». St Paul, 1956.

RECKTENWALD : *Zur Vererbung von Entschädigungsansprüchen auf die Witwe eines nach französischem oder belgischem Recht beerbten Verfolgten*. R.Z.W., 9 (1958) (pp. 3-5).

THIEME : *Note sous B.G.H.*, 5 juin 1957, M.D.R., 1957.733.

TABLE CHRONOLOGIQUE DES DECISIONS JURISPRUDENTIELLES JURISPRUDENCE FRANÇAISE ET DE LANGUE FRANÇAISE

1° Arrêts de Cassation

- Ch. Civ., 22 juin 1813, Répert. Dalloz, 1856, n° 2458.
- Ch. Civ., 14 mars 1837, S.1837.1.195.
- Ch. Réun., 11 novembre 1844, S.1844.838.
- Ch. Civ., 27 août 1850, S.1850.647.D.P.1850.1.257.
- Ch. Req., 21 mars 1855, S.1855.1.276. D.P. 1855.1.137.
- Ch. Req., 19 août 1858, D.1859.1.81, rap. BAYLE-MOULLARD.
- Ch. Req., 29 juin 1863, D.1863.1.419.
- Ch. Civ., 22 mars 1865, D.1865.1.127.
- Ch. Req., 23 avril 1866, S.1866.1.290.
- Ch. Civ., 27 avril 1868, D.1868.1.303.
- Ch. Civ., 12 janvier 1869, D.1869.1.295.
- Ch. Req., 7 juillet 1874, D.1875.1.271.
- Ch. Civ., 5 mai 1875, D.1875.1.344.
- Ch. Civ., 24 juin 1878, D.1879.1.56.
- Ch. Req., 20 mai 1879, D.1879.1.350.
- Ch. Req., 20 février 1882, S.1882.1.145, rap. DEMANGEAT, note LABBÉ.
- Ch. Req., 22 février 1882, D.1882.302, rap. DEMANGEAT.
- Ch. Civ., 2 avril 1884, Clun., 1885.78.
- Ch. Civ., 26 janvier 1892, D.1892.497, note PIC.
- Ch. Civ., 8 mars 1909, Clun., 1909.773.
- Ch. Civ., 20 juillet 1909, D.1911.1.185, note POLITIS.
- Ch. Civ., 21 novembre 1911, D.1912.1.195, note BINET.
- Ch. Civ., 22 octobre 1913, Clun., 1914.564.
- Ch. Civ., 2 août 1921, Clun., 1923.105.
- Ch. Req., 7 mai 1924, Clun., 1925.127.
- Ch. Req., 7 juillet 1925, D.H.1925.611.
- Ch. Civ., 19 novembre 1930, Clun., 1931.691, note NAST.
- Ch. Req., 21 avril 1931, S.1931.377, rap. PILON, note NIBOYET.
- Ch. Civ., 13 avril 1932, S.1932.361, note AUDINET. D.1932.1.89, note BASDEVANT, rap. MATTER.
- Ch. Civ., 5 juillet 1933, D.1934.1.133, note SILZ.
- Ch. Civ., 28 juin 1937, Nouvel. Revue, 1937.607.
- Ch. Civ., 19 juin 1939, D.1939.1.97, note LEREBOURS-PICEONNIÈRE.
- Ch. Crim., 4 juin 1941, S.1944.1.133, note BATIFFOL. Clun., 1945.112.
- Ch. Req., 6 novembre 1942, Rev. Crit., 1947.134.
- Ch. Civ., 4 novembre 1946, Rev. Crit., 1948.516, note BATIFFOL.
- Ch. Civ., 10 janvier 1951, Bullet. Cass., 1951.12.
- Ch. Civ., 13 novembre 1951, Bullet. Cass., 1951.234. Rev. Crit., 1952.323. Clun., 1953.662, note J.B.S.
- Cass. Belge, 28 mars 1952, Rev. 1953.133, note LOUSSOUARN.
- Ch. Civ., 24 novembre 1953, Bullet. Cass., 1953.274. Rev. Crit., 1955.698, note MEZGER.
- Ch. Civ., 22 juin 1954, Rev. Crit., 1955.123, note LOUSSOUARN.
- Ch. Civ., 23 décembre 1954, Rev. Crit., 1956.671, note WEIL. Rev. Jur. Polit., II Fr. 1955.431, note ANCEL.
- Ch. Civ., 1^{er} février 1955, J.C.P., 1955.8657, note LOUIS-LUCAS.
- Ch. Civ., 8 janvier 1957, Bullet. Cass., 1957.1.8, Rev. Crit., 1958, Som. p. 769.

- Ch. Civ., 19 mai 1958, D.1958.496. Clun., 1959.826. Rev. Crit., 1958.700, note H.B.
 Ch. Civ., 21 avril 1959, Clun., 1959.1152. Bullet. Cass., 1959.1.174.
 Ch. Civ., 5 mai 1959, 16 juin 1959, S.1959.159.
 Ch. Civ., 4 juillet 1960, Bullet. Cass., 1960.301. Rev. Crit. 1962.700, note FLATTET.
 Ch. Civ., 14 mars 1961, Rev. Crit., 1961.774, note BATIFFOL. Bullet. Cass., 1961.1.129.
 Ch. Civ., 19 juin 1963, Bullet. Cass., 1963.1.281.
 Ch. Civ., 17 juillet 1963, Bullet. Cass., 1963.1.344.

2° Arrêts Cours d'appel

- Paris, 15 novembre 1883, S.1833.594.
 Paris, 13 mars 1850, S. 1851.791.
 Toulouse, 11 mai 1850, S.1850.530.
 Caen, 22 mai 1850, S.1852.2.568.
 Bordeaux, 17 août 1853, S.1854.257.
 Orléans, 3 août 1859, D.1859.158, concl. GREFFIER.
 Paris, 6 janvier 1862, D.1862.2.73.
 Paris, 9 décembre 1864, S.1865.2.42.
 Paris, 14 janvier 1873, D.1874.2.235.
 Toulouse, 22 mai 1880, D.1881.2.94.
 Paris, 31 décembre 1889, Clun., 1890.121. D.1891.2.41, note DE BOECK.
 Paris, 27 mai 1892, Clun., 1892.940. Concl. JACOMY.
 Aix, 24 janvier 1906, Clun., 1906.830. S.1907.2.289, note AUDINET.
 Aix, 19 juillet 1906, Clun., 1907.153.
 Colmar, 14 novembre 1929, Clun., 1930.1039, note NAST.
 Besançon, 10 avril 1933, D.H.1934.2.89, note NAST.
 Paris, 2 mars 1938, Clun., 1938.544.
 Colmar, 13 mai 1938, Clun., 1939.115.
 Paris, 8 janvier 1946, Rev., 1948.507.
 Paris, 3 juillet 1946, Rev. Crit., 1947.137, note BATIFFOL.
 Paris, 10 juillet 1946, G.P., 1946.2.141, concl. FRECHE, J.C.P., 1947.3392, note R. SAVATIER,
 Paris, 19 avril 1947, Rev. Crit., 1948.290, note BATIFFOL.
 Aix, 16 juillet 1947, G.P., 1948.1.27. Rev. Crit., 1948.93, note Batiffol.
 Paris, 29 mai 1948, J.C.P., 1950.5241, note LISBONNE. Rev. Crit., 1950.197.
 Colmar, 19 février 1949, Rev. Crit., 1950.53, note BATIFFOL.
 Colmar, 15 juin 1949, Rev., 1950.62, note BATIFFOL.
 Paris, 25 octobre 1952, G.P., 1953.1.190. S. 1953.2.124. Rev. Crit., 1954. Som., 862.
 Paris, 29 novembre 1952, Clun., 1953.140.
 Aix, 5 janvier 1953, Clun., 1953.372. J.C.P., 1953.7665, note SIALELLI.
 Paris, 21 juillet 1953, D.1954.354, note CHAVRIER.
 Paris, 29 novembre 1954, Rev. Crit., 1956.273, note LOUSSOUARN.
 Paris, 23 décembre 1955, S.1957.173, note PRÉVAULT.
 Chambéry, 4 décembre 1956, Clun., 1958.134.
 Paris, 4 juillet 1958, Clun., 1958.1122, note PONSARD.
 Paris, 16 mai 1960, J.C.P., 1960, 11763, note C. GAVALDA.
 Paris, 6 avril 1962, Rev. Crit., 1963.364, note H. BATIFFOL.

3° Autres juridictions

- Trib. Civ. Seine, 23 décembre 1881, Clun., 1882.322.
 Trib. Civ. Sousse, 13 mars 1890, Clun., 1891.973.
 Trib. Civ. Seine, 6 juin 1894, D.1896.357.
 Trib. Civ. Seine, 31 octobre 1894, Clun., 1895.119.

- Trib. Civ. Seine, 4 juin 1901, Clun., 1902.335.
 Trib. Civ. Seine, 13 août 1903, Clun., 1904.166.
 Trib. Civ. Seine, 11 mars 1904, Rev. Crit., 1907.943.
 Trib. Civ. Seine, 27 décembre 1906, Rev. Crit., 1907.399, note NAST.
 Trib. La Châtre, 5 juillet 1910, Clun., 1911.589.
 Trib. Civ. Seine, 16 avril 1920, Clun., 1922.721.
 Trib. Civ. Liège, 12 mars 1921, Clun., 1922.1033.
 Trib. Civ. Belfort, 25 mai 1921, Rev. Jurid. Als.-Lor., 1922.38.
 Trib. Civ. Mulhouse, 17 mars 1924, Rev. Jur. Als.-Lor., 1924.213. Rev. Crit., 1925. Som., 131.
 T.A.M. franco-allemand, 30 mars 1925, Rec. T.A.M., VI, 1927, p. 244.
 Trib. Civ. Seine, 19 février 1927, Clun., 1928.708.
 T.A.M. franco-allemand, 26 avril 1927, Rec. T.A.M., VII, p. 588.
 T.A.M. germano-belge, 22 octobre 1929, Rec. T.A.M. (9-10), 1930, p. 661.
 Trib. Civ. Metz, 6 décembre 1930, Cl. 1932.1017. Rev. Jurid. Als.-Lor., 1932.382, note DEGAND.
 Trib. Civ. Seine, 25 mai 1935, Cl., 1936.875.
 Cour Bruxelles, 9 janvier 1937, Rev. Crit., 1938.471, note BATIFFOL.
 Trib. Saint-Julien-en-Genevois, 21 octobre 1947, Rev., 1948.304.
 Trib. Civ. Seine, 29 janvier 1948, Rev. Crit., 1949.521, note BATIFFOL.
 Trib. Civ. Senlis, 23 novembre 1949, Rev. Crit., 1950.410, note LOUSSOUARN.
 Trib. Civ. Mulhouse, 19 janvier 1950, Rev. Crit., 1951.134, note LOUSSOUARN. J.C.P., 1952.6845, note DELAUME-FLATTET.
 Trib. Civ. Seine, 21 janvier 1950, Rev., 1950.79, note NIBOYET.
 Trib. Civ. Seine, 16 décembre 1950, Clun., 1951.906.
 Trib. Civ. Seine, 5 janvier 1951, Rev., 1951.315, note FLATTET.
 Trib. Civ. Orléans, 27 février 1951, Rev., 1954.361, note BATIFFOL.
 Trib. Civ. Seine, 6 février 1952, Rev., 1952.494, note FREYRIA. Clun., 1952.884.
 Trib. Civ. Nîmes, 2 avril 1952, Clun., 1952.888.
 Trib. Civ. Seine, 10 décembre 1952, J.C.P., 1953.7418, note SIALELLI. Clun., 1953.136.
 Trib. Civ. Pau, 3 juillet 1956, G.P., 1956.2.338.
 Trib. Civ. Seine, 26 février 1958, Clun., 1959.430, note PONSARD.

JURISPRUDENCE ALLEMANDE

1° Cour Suprême (*Reichsgericht*, puis *Bundesgerichtshof*)

- R.G., 1^{er} mars 1881, Pucheltz, 13, 1882, p. 78.
 R.G., 29 janvier 1883, E., t. 8, n° 37, p. 146.
 R.G., 7 juillet 1883, E., t. 14, p. 183.
 R.G., 10 novembre 1887, E., t. 19, p. 316.
 R.G., 21 avril 1890, E., t. 26, p. 380.
 R.G., 7 mars 1893, E., t. 31, p. 154.
 R.G., 27 avril 1893, E., t. 31, n° 40, p. 190.
 R.G., 22 avril 1895, Böhmshz, 16, (1896), p. 446. Bolze : *Praxis des R.G.*, t. 20, p. 3.
 R.G., 25 octobre 1895, E., t. 36, (n° 81), p. 331.
 R.G., 3 mars 1896, E., t. 36, (n° 51), p. 205.
 R.G., 19 avril 1898, E., t. 41, (n° 87), p. 350.
 R.G., 31 mai 1906, E., t. 63, (n° 88), p. 356.
 R.G., 27 novembre 1911, E., t. 78, (n° 11), p. 48.
 R.G., 8 novembre 1917, E., t. 91, (n° 37), p. 139.
 R.G., 2 octobre 1930, S.A., 85, 1931, n° 18. H.R.R., 6, 1930, n° 2066. « *Recht* », 34, 1930, n° 2223.
 R.F.H., 10 février 1931, J.W., 60, (1931), 1401. I., *Prspr.*, 1931, p. 195.
 R.G., 5 juillet 1934, E., t. 145, p. 85. J.W., 1935.114, note RAAPE.
 R.G., 16 mars 1938, S.A., 1938, t. 92, p. 232.
 B.G.H., 26 mars 1953, N.j.W., 1953.860.
 B.G.H., 21 décembre 1955, E., 19.315. N.j.W., 1956.508. *Clun.*, 1958, 1076.
 B.G.H., 5 juin 1957, N.j.W., 1957.1316. M.D.R., 1957.733, note THIEME.
 B.G.H., 15 avril 1959, N.j.W., pp. 1317-1319.

2° « *Oberlandesgerichte* » (pour *Berlin Kammergericht*)

- O.L.G. Cassel, 28 octobre 1840, S.A., t. 1, p. 98, n° 92.
 O.L.G., Lübeck, 1848, S.A., t. 2, p. 447.
 O.L.G., Lübeck, 21 mars 1861, S.A., t. 14, p. 164.
 O.L.G., Oldenburg, 21 mars 1870, S.A., t. 23, n° 4.
 O.A.G., Lübeck, 17 mars 1874, S.A., t. 32, p. 135.
 O.L.G., Hambourg, 24 janvier 1882, H.G.Z., 1882, Beibl., n° 27.
 O.L.G., Darmstadt, 19 novembre 1883, Pucheltz, 15, p. 491.
 O.L.G., Karlsruhe, 2 juin 1891, *Bad. Ann.*, t. 60, p. 81.
 O.L.G., Colmar, 22 novembre 1895, *Els. Lothr., J.Z.*, t. 21, p. 212. D.1898.2.238.
 O.L.G., Rostock, 16 décembre 1902, *Niemeyersz*, 1903, 13, p. 177.
 O.L.G., Colmar, 3 août 1907, *Els. Lothr., J.Z.*, t. 32, 1907, p. 555.
 O.L.G., Colmar, 20 août 1909, *Els. Lothr., J.Z.*, t. 34, p. 618.
 O.L.G., Colmar, 23 mars 1911, *Els. Lothr., J.Z.*, 1911, p. 148.
 K.G., Berlin, 11 juillet 1911, K.G.j., t. 41, p. 63.
 K.G., Berlin, 13 mai 1912, K.G.j., t. 42, p. 141.
 O.L.G., Colmar, 30 déc. 1912, K.G.j. t. 45, p. 314.
 O.L.G., Munich, 10 février 1913, K.F.G., 45 A, p. 308.
 O.L.G., Dresden, 17 fév. 1914, K.G.j. t. 47, p. 238.
 K.G., Berlin, 8 avril 1914, « *Das Recht* », 1914, n° 2691.
 O.L.G., Munich, 23 octobre 1915, O.L.G.E., t. 32, p. 50.

- K.G., Berlin, 23 décembre 1915, J.W., 1916.1428.
 O.L.G., Hambourg, 2 mai 1917, O.L.G.E., 1917.295.
 K.G., Berlin, 8 décembre 1921, K.G.j., t. 53.77.
 K.G., Berlin, 22 mars 1922, J.W., 1922.1130, note KLEIN.
 K.G., Berlin, 23 décembre 1926, J.R., 1927, Rspr., n° 480, p. 75.
 O.L.G., Karlsruhe, 21 janvier 1930, J.F.G., 7, p. 135. I., Rspr., 1930, n° 89, p. 179.
 O.L.G., Dresden, 6 mai 1930, I., Rspr., 1931, p. 180, n° 95.
 O.L.G., Karlsruhe, 20 mars 1931, J.F.G., 8, p. 116. I., Rspr., 1931, p. 185.
 K.G., Berlin, 8 février 1934, J.W., 63.909. H.R.R., 10, 1934, n° 1034. Niemeyersz, 50.374.
 K.G., Berlin, 15 fév. 1934, I., Rspr., 1934.156.
 K.G., Berlin, 4 février 1937, J.F.G., 15, p. 78, n° 25.
 K.G., Berlin, 5 mai 1938, J.F.G., 17, p. 313, n° 80.
 K.G., Berlin, 16 juin 1938, H.R.R., 1938, n° 1125.
 O.L.G., Neustadt, 25 mai 1951, J.Z., 6, p. 644, note Neuhaus. « Die deutsche Rechtspr., 1950.51, p. 247, édit. Makarov, 1954.
 O.L.G., Neustadt, 29 février 1952. « Die deutsche Rechtspr., p. 454, édit. Makarov, 1957.
 O.L.G., Francfort-sur-le-Main, 2 juillet 1953, N.j.W., 1954.1.111.
 O.L.G., Hamm, 21 juillet 1954, N.j.W., 1954, p. 1731, n° 13.
 O.L.G., Cologne, 1^{er} décembre 1954, I., Rspr., 1960, p. 263.
 O.L.G., Cologne, 3 décembre 1954, N.j.W., 1955.1, p. 755.
 Bay. O.L.G., 7 février 1958, Bay. O.L.G.Z., 1958, pp. 34-41.
 O.L.G., Francfort-sur-Main, 25 septembre 1958, inédit.
 O.L.G., Cologne, 12 mars 1959, R.Z.W., 1959.10.397.
 Bay. O.L.G., 27 octobre 1959, Bay. O.L.G.Z., 1959, p. 391, n° 57.
 K.G., Berlin, 18 janvier 1960, Inédit.
 O.L.G., Düsseldorf, 6 février 1963, N.j.W., 1963, p. 2228.

3° *Autres juridictions (Landgericht, Amtsgericht)*

- L.G., Strassburg, 13 juin 1892, Pucheltz, 23, p. 689.
 L.G., Schwerin, 6 mai 1902, Niemeyersz, t. 13, 1903, p. 174.
 A.G., Stuttgart, 10 janvier 1913, Württz., t. 55, p. 204, n° 66.
 L.G., Naumburg, 22 novembre 1929, I., Rspr., 1930, p. 182.
 L.G., Berlin, 22 novembre 1929, I., Rspr., 1931, p. 190, n° 97.
 L.G., Berlin, 18 février 1931, J.W., 1932.3829, note ARNDT, I., Rspr., 1932.200.
 L.G., Wiesbaden, 1^{er} février 1933, I., Rspr., 1933.137.
 L.G., Mönchen-Gladbach, 16 avril 1952, « Die deutsche Rechtspr. », 1957, p. 469.
 L.G., Munich, 15 mai 1952, « Die deutsche Rechtspr. », 1957, p. 473.
 L.G., Zweibrücken, 11 novembre 1954, N.j.N., 1955.1800. I., Rspr., 1960, n° 134.
 L.G., Lübeck, 25 mars 1958, D.N.Z., 1959, n° 5. Schl. H.A., 1958, p. 334.
 L.G., Koblenz, 17 juillet 1958, J.Z., 1958.316, note DROBNIG.
 A.G., Düsseldorf, 2 août 1958, Inédit.
 A.G., Wolfhagen, 5 novembre 1958, Inédit.
 A.G., Hamburg, 11 février 1959, Inédit.
 A.G., Rommelshausen, 10 novembre 1959, Inédit.
 L.G., Hamburg, 31 décembre 1959, Inédit.
 L.G., Wiesbaden, 18 janvier 1960, Inédit.

TABLE DES MATIERES

Pages N°

PRÉFACE	1	
INTRODUCTION	12	1
TITRE I. — <i>Genèse historique de la divergence entre le système français « dualiste » et le système allemand « unitaire »</i>	17	8
CHAPITRE PREMIER. — <i>Elaboration de la distinction des meubles et des immeubles</i>	21	15
§ 1. — Influence de la condition des étrangers sur les règles de conflits	22	16
§ 2. — Droit interne et règles de conflit	25	21
§ 3. — Consécration de la distinction de la loi applicable aux meubles et aux immeubles	29	28
CHAPITRE II. — <i>Acheminement vers une loi unique et début de la divergence des systèmes</i>	33	33
§ 1. — Affaiblissement de la loi réelle en France au XVIII ^e siècle	34	34
§ 2. — Du Code prussien au Code Civil : leur interprétation	37	39
§ 3. — Doctrine de Savigny et triomphe de la loi unique en Allemagne	43	46
CHAPITRE III. — <i>Importance respective du domicile et de la loi nationale dans les deux systèmes au XIX^e siècle</i>	49	52
Section 1. — Hésitations de la jurisprudence en France au XIX ^e siècle	51	54
Section 2. — Refus d'application de la loi nationale en Allemagne jusqu'en 1900	57	60
TITRE II. — <i>Détermination de la loi applicable</i>	61	63
CHAPITRE PREMIER. — <i>De l'opposition de principe entre système français et système allemand et de sa portée</i>	63	

	Pages	N°
<i>Section 1. — Dualité française et système unitaire allemand</i>	63	64
§ 1. — Système français	63	64
§ 2. — Système allemand	69	72
<i>Section 2. — Atténuation des divergences</i>	81	
§ 1. — Notion de domicile en droit français	81	82
§ 2. — Dérogations à la loi nationale en droit allemand	84	85
<i>Section 3. — Règles spéciales de conflits en Alsace-Lorraine</i>	88	88
CHAPITRE II. — Succession testamentaire	91	
<i>Section 1. — Choix de la loi applicable</i>	91	90
<i>Section 2. — Forme des testaments</i>	99	96
§ 1. — Signification de l'adage « locus regit actum » en droit français et en droit allemand	100	97
§ 2. — Difficultés soulevées par les prohibitions de tester	105	102 ¹
CHAPITRE III. — Procédés contractuels de dévolution	111	
<i>Section 1. — Testaments conjonctifs</i>	111	105
<i>Section 2. — Contrats successoraux</i>	115	109 ¹
TITRE III. — Champ d'application de la loi successorale	123	114 ¹
CHAPITRE PREMIER. — Dévolution de la succession	125	115
<i>Section 1. — Ordre légal de succession et question préalable de la détermination de parenté</i>	125	116 ¹
<i>Section 2. — Droits du conjoint survivant</i>	133	121
<i>Section 3. — Droits de l'Etat</i>	142	128 ¹
<i>Section 4. — Problèmes propres à la dévolution testamentaire</i>	144	129
CHAPITRE II. — Transmission de la succession	149	133
<i>Section 1. — Prise de possession de l'hérédité en droit international français et allemand</i>	150	134
<i>Section 2. — Exécution testamentaire</i>	154	138
<i>Section 3. — L'option de l'héritier</i>	159	143 ¹

DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ DES SUCCESSIONS		247
	Pages	N°
Section 4. — Mesures de protection des créanciers	163	146
CHAPITRE III. — <i>Partage successoral</i>	167	149
Section 1. — Loi de la masse indivise et effets du partage	168	150
Section 2. — Masse partageable et formation des parts	174	156 ¹
Section 3. — Formes du partage	176	159 ¹
TITRE IV. — <i>Les conflits de systèmes et leur influence sur le problème de la pluralité des masses</i>	179	161
CHAPITRE PREMIER. — <i>Le Conflits positif et le Renvoi</i>	181	
Section 1. — Conflit positif	181	162
Section 2. — Renvoi en droit successoral	184	166
CHAPITRE II. — <i>Le problème de qualification : distinction des meubles et des immeubles</i>	193	173
Section 1. — Détermination de la loi applicable à la qualification	194	174 ¹
Section 2. — Distinction des meubles et des immeubles en droit allemand	198	177
CHAPITRE III. — <i>Dualisme successoral et problème de dévolution et de transmission</i>	201	179
Section 1. — Conséquences du principe de division des masses	202	180 ¹
Section 2. — Atténuations apportées à la division des masses	204	182
CHAPITRE IV. — <i>Passif successoral</i>	211	185
Section 1. — Passif et unité de loi successorale	212	186
Section 2. — Passif et division des masses	214	189 ¹
CHAPITRE V. — <i>Partage et pluralité des masses</i>	219	192
Section 1. — Formation de la masse partageable : rapport et réduction	220	
§ 1. — Rapport à fin d'égalité	220	193 ¹
§ 2. — Rapport à fin de réduction	222	195 ¹
Section 2. — Pluralité des masses et composition des lots	224	196 ¹
CONCLUSION	227	199
BIBLIOGRAPHIE	231	

LIBRAIRIE GÉNÉRALE DE
DROIT ET DE JURISPRUDENCE
PARIS — N° 921.
Dépôt légal : 2^e trimestre 1964

*Printed
in France*

IMPRIMERIE HÉRISSEY
ÉVREUX
N° 3017

